Gesellschaft und Einlagegeschäft.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Ott-Heinrich Fischer
Gerichtsassessor
aus Bitterfeld.

Marburg 1936

Dissertations-Verlag G. H. Nolte Düsseldorf

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 12. November 1935.

1. Berichterstatter: Professor Dr. Leonhard

2. Berichterstatter: Professor Dr. Merk

Meinen Eltern
und meiner Großmutter.

Inhaltsverzeichnis.

Schrifttum

A.L.R.: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Mit Erläuterungen von Rehbein und Reincke. 2. Auflage 1882.

v. Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht. Von Karl von Amira. 1895. Bd. II.

Berthold: Das Recht der Stillen Gesellschaft nach dem HGB. Von Fritz Berthold. Diss. Heidelberg 1910.

Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. 1897.

Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes. Berlin 1897.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. 4. Aufl. 1915.

DJZ.: Deutsche Juristenzeitung.

Elsoffer: Das Verhältnis der stillen Gesellschaft zur Gesellschaft des BGB. Diss. Jena 1905.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. 11. Bearbeitung, 1930.

Flechtheim: Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. V. 1897. II. Bd. 2. Hälfte. Erläutert von Dr. Julius Flechtheim. 3. Aufl. 1932.

Geiler: Das Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts. Düringer-Hachenburg HGB. Bd. II 1. Allg. Einleitung.

J. v. Gierke: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. Von Julius v. Gierke. 4. Aufl. 1933.

O. v. Gierke: Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht. Von Otto Gierke. Arch. f. Bürg. Recht. Bd. 19 S. 114 ff.

— Das Deutsche Genossenschaftsrecht. 1881.

— Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.

— Deutsches Privatrecht. 1. Bd. 1895.

Hoeniger: Innengesellschaft und Innensyndikat. Von Dr. Heinrich Hoeniger. In ZHR Bd. 84 S. 459 ff.

Jaeger: Kommentar zu Konkursordnung und den Einführungsgesetzen. Von Dr. Ernst Jaeger. 6. u. 7. Aufl. 1931.

JDR.: Jahrbuch des deutschen Rechts. Herausgegeben von Dr. Hugo Neumann.

JW.: Juristische Wochenschrift.

Kaestner: Die stille Gesellschaft und die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Diss. Breslau 1904.

Knoke: Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Von Dr. Paul Knoke. 1901.

Lang: Die Typen der Stillen Gesellschaft und die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Normen auf sie. Von Dr. Heinrich Lang. 1930.

Lastig: Die Stille Gesellschaft. In Endemanns Handbuch des deutschen Handelsrechts. Bd. I §§ 137—142. 1881.

Lehmann: Der commis interessé, insbesondere verglichen mit dem stillen Gesellschafter. Diss. 1912.

Leonhard: Das Schuldrecht des BGB. Von Prof. Dr. Franz Leonhard. 1931. Bd. 1. Bd. 2.

Lübbert: Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft unter besonderer Berücksichtigung ihrer historischen Entwicklung. In ZHR. Bd. 58 S. 464 ff.

LZ.: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Buch. Recht der Schuldverhältnisse. 5. Auflage 1929.
OLG.: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Pappenheim: Altnordische Handelsgesellschaften. In ZHR. 36/85 ff.
Rehme: Die Lübecker Handelsgesellschaften in der 1. Hälfte des 14. Jhrh., In ZHR. 42/367 ff.
Renaud: Das Recht der Stillen Gesellschaften. 1885.
Rettig: Die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuches im Verhältnis zu der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. 1902.
RFH.: Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofes.
RGE.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RGRK.: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 8. Aufl. 1934.
ROHG.: Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Saenger: Die stille Gesellschaft. In: „Die private Unternehmung und ihre Betätigungsformen". 1924.
Seuff. Arch.: J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Silberschmidt: Beteiligung und Teilhaberschaft. 1915.
Staub, Richard: Kann auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts das Rechtsverhältnis der stillen Gesellschaft vorkommen? Diss. 1908.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 14. Aufl. 1933.
Warn. Rspr.: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausg. von Otto Warneyer.
Wieland: Handelsrecht. Von Karl Wieland. 1931.

---

§ 1. Einleitung.

Das zweite Buch des Handelsgesetzbuches trägt die Überschrift: „Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft". Schon aus dieser äußerlichen Anordnung erhellt, daß die im 5. Abschnitt des 2. Buches geregelte sog. stille Gesellschaft (st.G.) von den im 1. bis 4. Abschnitt behandelten Handelsgesellschaften abweicht. Zwar weisen die Handelsgesellschaften untereinander in ihrer rechtlichen Natur auch wieder erhebliche Unterschiede auf. Die einen haben eigene Rechtspersönlichkeit (Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien) [1]), während sie den anderen in Schrifttum und Rechtsprechung überwiegend abgesprochen wird [2]). Doch ist ihnen ein Merkmal im Gegensatz zur st.G. gemeinsam: Sie treten nach außen als eine Zusammenfassung mehrerer Personen unter einheitlicher Firma auf, die ein gemeinsames Ziel verfolgen. Für den Begriff der st.G. dagegen ist wesentlich, daß nach außen nur eine Person, der Geschäftsinhaber oder Komplementar in Erscheinung tritt, der unter eigenem Namen und auf eigene Rechnung handelt und folglich allein verpflichtet und berechtigt ist, während der stille Gesellschafter lediglich die Verpflichtung hat, sich an dem Handelsgewerbe des Komplementars mit einer Einlage zu beteiligen. Trotzdem sieht die h. M. die st.G. als eine zwar von der Regelform der §§ 705 ff. BGB. abweichende, doch immerhin unter die Begriffsbestimmung des § 705 fallende Gesellschaft an [3]). Sie stützt sich vorwiegend auf die Bezeichnung als Gesellschaft, ferner auf die Tatsache, daß der sog. Gesetzgeber die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB. hilfsweise nach den §§ 335 ff. HGB. für anwendbar hielt [4]) und auch das Gesetz in den §§ 338, 339 HGB. offenbar von der ergänzenden Anwendbarkeit der bürgerlichrechtlichen Vorschriften über die Gesellschaft ausgehe [5]).

Doch sind an der Richtigkeit dieser h. M. vielfach Zweifel aufgetaucht. So hat man die st.G. nicht als Gesellschaft ansehen wollen, sondern vielmehr als eigenartig gestaltetes Darlehen [6]) oder als Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung [7]) oder ein sonstiges Rechtsinstitut eigener Art. Die Vertreter der Ansicht, welche die Rechtsnatur der st.G. als Gesellschaft leugnen, weisen auch noch auf weitere Merkmale hin, die der st.G. im Gegensatz zu der Gesellschaft des BGB. gemäß §§ 705 ff. eigentümlich sind. So Lübbert auf die begriffliche Beschränkung der Zahl der Gesellschafter auf zwei Kontrahenten [8]), Leonhard auf die geringen, praktisch

1) § 210 HGB., Staub § 320 Anm. 2, 4.
2) Staub § 105 A. 8, § 161 A. 2.
3) Schrifttum bei Flechtheim § 335 A. 2.
4) Denkschrift S. 196.
5) Flechtheim § 335 A. 2.
6) Lastig bei Endemann Bd. I S. 707.
7) Lübbert S. 510 f.
8) a.a.O. S. 505.

nahezu wertlosen Kontrollbefugnisse des st.G. gemäß § 338 HGB.[9]), Lang auf die dem stillen Gesellschafter fehlende Möglichkeit, dem anderen Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis zu entziehen (§ 712 BGB.)[10]). Marcus gar stellt in Abrede, daß das begriffswesentliche Merkmal der Gesellschaft nach § 705 BGB., die „Erreichung eines gemeinsamen Zweckes", den Inhalt des Rechtsverhältnisses nach §§ 335 ff. HGB. bilde[11]).

Der Reichsfinanzhof, der in seinen Entscheidungen vielfach im Interesse des Fiskus die Rechtsgebilde des Wirtschaftslebens einer mehr praktischen als formalrechtlichen Betrachtungsweise unterzieht und ihre wahre Natur infolgedessen häufig besser erkennt, als das Reichsgericht, stimmt der Auffassung, die in der st.G. eine Gesellschaft erblickt, nur mit erheblichen Einschränkungen zu. So hat er für den Geltungsbereich verschiedener Steuergesetze wiederholt ausgesprochen, daß der stille Gesellschafter nicht als Gesellschafter anzusehen sei. Steuerlich gelte nicht das, was scheine, sondern das, was wirklich sei[12]).

Bei diesen ganzen Erörterungen handelt es sich nicht um einen rein theoretischen und unfruchtbaren Meinungsstreit, sondern um die praktisch bedeutsame Frage, welche gesetzlichen Vorschriften der Richter bei Zweifeln über den Inhalt der Parteivereinbarungen und bei Schweigen des Gesetzes in den §§ 335 ff. HGB. ergänzend anzuwenden hat. Er ist dabei durchaus nicht an den mehr oder weniger nebelhaften sog. Willen des Gesetzgebers gebunden, der in dem Entwurf eines Referenten oder in der Denkschrift einer Kommission angeblich seinen Niederschlag gefunden hat, sondern hat vorurteilslos das Gesetz wie es ihm vorliegt, nach seinem objektiven Sinn auszulegen.

Ebenso ist zu verfahren bei Prüfung der Frage, ob die st.G. des HGB. eine Geselschaft ist oder in welchem Rechtsgewand sie sich sonst im Wirtschaftsleben zeigt.

Es besteht kein Streit und Zweifel darüber, daß die st.G. von der in den §§ 705 ff. BGB. geregelten Regelform der Gesellschaft erheblich abweicht. Es ist deshalb einmal zu untersuchen, ob die Mindestanforderungen, die das Gesetz in den §§ 705 ff. BGB. verlangt, damit man noch von einer Gesellschaft reden kann, auch begriffswesentliche Merkmale der in den §§ 335 ff. HGB. geregelten Normalform der st.G. sind und bei Verneinung dieser Frage, ob ein noch die begriffswesentlichen Merkmale der §§ 335 ff. HGB. enthaltender Vertrag als Gesellschaft angesprochen werden kann, wenn er unter Abänderung der nachgiebigen Vorschriften des HGB. erheblich von der Regelform der st.G. abweicht und den bürgerlichrechtlichen Bestimmungen über die Gesellschaft angeglichen worden ist.

Wesentlich ist dabei die Stellung des Gesellschafters als des Trägers des Rechtsverhältnisses. Sie ist m. E. bisher noch nicht in notwendigem Maß berücksichtigt worden.

---

9) Leonhard a.a.O. Bd. II S. 276.
10) Lang a.a.O. S. 28.
11) Marcus, HoldhMsch. Bd. 23 S. 112.
12) RFH. 36/20 ff., 3/321, 7/162 ff., 20/195.

Ferner ist zu beachten, daß die Frage nach der Rechtsnatur des im einzelnen Falle als st.G. bezeichneten Rechtsverhältnisses sich nur aus einer Prüfung des Innenverhältnisses, der Beziehungen zwischen dem Stillen und dem Geschäftsinhaber beantworten läßt [13]). Denn die äußere Rechtsstellung des Inhabers bleibt unverändert und nur aus dem Maß der Beteiligung des Stillen im Innenverhältnis und der ihm eingeräumten Möglichkeit der Einflußnahme auf das Handelsgewerbe des Alleininhabers läßt sich die Natur des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien ermitteln und einer gesetzlich geregelten typischen Rechtsform eingliedern.

Um von vornherein den im HGB. zwischen der Handelsgesellschaft und der st.G. gemachten Unterschied auch in der Benennung hervortreten zu lassen, wird das Rechtsverhältnis in dieser Untersuchung auch als Einlagegeschäft, der stille Gesellschafter als Einleger bezeichnet werden.

§ 2. Geschichtliche Entwicklung.

Eine der Formen des Zusammenwirkens mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zweckes war im römischen Recht die societas. Sie ist ein lediglich schuldrechtliches Rechtsverhältnis zwischen den socii, deren Gemeinschaft sich in gegenseitigen persönlichen Verpflichtungen erschöpft. Demgemäß kennt die societas kein von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter getrenntes Gesellschaftsvermögen, sondern das aus den Beiträgen der socii gebildete gemeinschaftliche Vermögen steht den einzelnen Gesellschaftern nach ideellen Anteilen zu. Über diesen Anteil an dem Vermögen der Gesellschaft und an den einzelnen Vermögensgegenständen kann der socius als einem Bestandteil seines Privatvermögens Dritten gegenüber wirksam verfügen, auch wenn er sich durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages schuldrechtlich verpflichtet hat, über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nur für die Zwecke der Gesellschaft zu verfügen. So war die römischrechtliche Gesellschaft rein individualistisch gestaltet [14]).

Grundsätzlich verschieden hiervon ist die Auffassung des deutschen Rechts, das von dem Gedanken der gesamten Hand beherrscht wird. Die gesamte Hand ist aus dem deutschen Familienrecht hervorgegangen. Nach dem Tode des Hausvaters wurde die Hausgemeinschaft und Wirtschaft nicht aufgelöst, sondern von den Kindern gemeinschaftlich fortgesetzt. Später überschritt die Gemeinschaft die Grenzen des Familienrechts und es wurden auch Fremde darin aufgenommen. Schließlich konnte eine solche Gemeinschaft von vornherein durch Vertrag unter Fremden entstehen [15]).

Wesentlich ist dem Grundsatz der gesamten Hand die personenrechtliche, sozialistische Gebundenheit und Verbundenheit der Gemeinschafter, die der Gemeinschaft zwar keine selbständige Rechtspersönlichkeit ver-

---

13) Lang a.a.O. S. 16.
14) Vgl. Geiler A. 3, Knoke S. 2 f., Gierke Priv.R. Bd. III S. 831 f.
15) Geiler A. 4, Knoke S. 4 f., Gierke Priv. Recht Bd. III S. 661, 664 ff.

schafft, aber doch zur Bildung eines Gesamtwillens führt, der die Geschicke der Gesellschaft bestimmt. Als Folge davon sind die einzelnen Genossen nicht an dem Gesellschaftsvermögen nach Bruchteilen anteilsberechtigt, sondern dies stellt sich als ein den Zwecken der Gesellschaft gewidmetes Sondervermögen dar, über das nur die Genossen gemeinschaftlich verfügen dürfen [16]. So wie die Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens auf ein personenrechtliches Band zwischen den Gesellschaftern zurückzuführen ist, schließt dieses Band auch sonst die Gesellschafter zu einer Einheit zusammen, woraus wieder gleiche Stellung in Rechten und Pflichten folgt.

Seit der Aufnahme des römischen Rechts wurde die deutsche Gesellschaft weitgehend zugunsten der societas zurückgedrängt. Sie erhielt sich nur in einigen Landesgesetzen und so auch im preußischen ALR. Teil I, Tit. 17, §§ 183 ff. und im Allg. D. HGB.

Das BGB. ist, namentlich unter dem Einfluß Gierkes, der deutschrechtlichen Regelung gefolgt, nachdem der erste Entwurf eine Regelung entsprechend dem römischen Standpunkt vorgesehen hatte. Jedoch sind die Vorschriften des BGB., die dem Grundsatz der gesamten Hand ihre Regelung verdanken, nachgiebiger Natur und es ist deshalb eine Annäherung der Gesellschaft an die societas durch vertragliche Ausgestaltung möglich [17].

Ganz unabhängig davon verlief die Entwicklung des Einlagegeschäftes. Es ist weder aus der römischen societas noch der deutschen Gesellschaft entstanden, sondern hat seine eigene Wurzel. In den römischen Quellen finden wir kein Rechtsverhältnis, das etwa unserer heutigen st.G. entsprechen würde. Dagegen war im späteren Mittelalter eine übliche und oft angewandte Form der Kapitalanlage die Hingabe von Geld oder sonstigem Kapital an einen Kaufmann unter Beteiligung am Gewinn und auch am Verlust des Geschäftes. Infolge der frühen Blüte und regen Entwicklung des Handelsverkehrs der oberitalienischen Städte tauchte diese Rechtsform dort zuerst in Europa als commenda auf [18].

Unabhängig davon haben gleichartige wirtschaftliche Voraussetzungen auch an anderen Orten ähnliche Rechtsgebilde entstehen lassen, die sich selbständig weiterentwickelten. So kennen bereits islamitische Quellen zur Zeit Muhammeds ein partiarisches Rechtsverhältnis in der gleichen Form wie die commenda unter dem Namen „Kirad" [19].

Das nordische Recht kennt eine commenda mit Kapitalbeteiligung unter dem Namen „hjáfèlag". Der lediglich durch Einlage Beteiligte blieb allerdings ihr Eigentümer, während der Vertragsgegner die Arbeit als Geschäftsführer leistete. Der Gewinn wurde geteilt [20]. Eine andere

---

16) Knoke S. 9, Gierke Gen. Theorie S. 339 ff., Gen. Recht Bd. II S. 923 ff., Gierke Arch. f. Bürg. R. Bd. 19 S. 117.

17) Geiler A 5, Gierke Priv. R. Bd. III S. 834.

18) Lastig S. 711. Über die nähere Ausgestaltung der commenda und ihre Entwicklung aus der Beteiligung an einem überseeischen Handelsgeschäft vgl. Lübbert S. 465 ff., Berthold Diss. S. 5 f.

19) Lübbert a.a.O. S. 466.

20) v. Amira Bd. II S. 821.

Form der vertraglichen Regelung der Kapitalbeteiligung zwischen zwei Personen ist das „fèlag“ oder „leggja fèlag samen“. Der eine fèlagar beteiligt sich mit Waren oder Geld an einem Handelsgeschäft, während der andere damit Handel treibt, wobei in erster Linie an Seehandel zu denken ist. Der geschäftsführende Gemeinschafter war zur Verfügung über das Gut legitimiert [21]).

In den Eintragungen der Lübecker Stadtbücher aus der Mitte des 14. Jahrh. finden wir ein entsprechendes Rechtsverhältnis unter dem Namen „sendeve“ [22]).

Es ist möglich, wenn auch schwer nachweisbar, daß die örtlich verschiedenen Rechtsgebiete sich im Handelsverkehr gegenseitig beeinflußt haben, doch haben sich die genannten Rechtsgebilde im wesentlichen selbständig nebeneinander entwickelt.

Eine abschließende Regelung der oberitalienischen Entwicklung findet sich in der in den maßgebenden europäischen Handelsländern verbreiteten und vielbeachteten Entscheidungssammlung der „Decisiones Rotae Genuae de mercatura et pertinentibus ad eam“ aus der Mitte des 16. Jahrhunderts. Das dort unter dem Namen „societas per modum participationis“ oder kurz „participatio“ auftretende Rechtsgebilde entspricht bereits unserem Einlagegeschäft [23]).

Die Anwendung und Verbreitung der participatio wurde dadurch begünstigt, daß man darin glaubte ein Mittel gefunden zu haben, ohne Verletzung des kanonischen Zinsverbotes in vielen Fällen den gleichen wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen, wie durch ein entgeltliches Darlehen. Das wirtschaftliche Bedürfnis setzte sich gegen das allzu starre rechtliche Prinzip durch. Eine Folge dieses kanonischen Wucherverbotes ist es aber, daß man schon im Mittelalter bestrebt war, die participatio begrifflich der bereits vom römischen Recht anerkannten und erlaubten Sozietät unterzuordnen, trotz ihrer Ähnlichkeit mit dem Darlehen. Insofern hat das kanonische Recht bis auf den heutigen Tag die Lehre über die rechtliche Natur der st.G. beeinflußt, wenn es auch zutrifft, daß es nicht die Ursache für die Entstehung dieses Rechtsinstituts war, denn dieses ist älter, als das Zinsverbot. Es konnte auch nicht ausbleiben, daß ein Teil der Rechtswissenschaft und -praxis nach Anerkennung der participatio als Sozietät auch tatsächlich deren Recht in vollem Umfang angewandt wissen wollte und die unmittelbare Haftung des particeps wie die eines jeden socius annahm [24]).

Die weitere Entwicklung verlief in zwei Richtungen:

Sofern kleine Kapitalisten eine Anlagemöglichkeit suchten, ohne sie wegen der geringfügigen Höhe ihres verfügbaren Kapitals zu finden, taten sie sich zu einer Sozietät zusammen und vertrauten ihre zusammengelegten Mittel den Traktoren an. Später wurde dieses Kommendaverhältnis in die Sozietät der Kommendatoren einbezogen und es entstand die Kommanditgesellschaft.

---

21) Vgl. Pappenheim a.a.O. S. 92 ff.
22) Rehme a.a.O. S. 367 ff., insbes. S. 371 ff.
23) Vgl. Lastig S. 712 f., Renaud S. 6 ff.
24) Lastig S. 713 f., Elsoffer S. 2.

Wenn jedoch der Kommendator dem Traktator sein Kapital zur Bildung eines einheitlichen Geschäftsvermögens anvertraute, so haben wir die Form des heutigen Einlagegeschäfts vor uns [25]).

Als die Entwicklung so weit gediehen war, daß das Gesellschaftsverhältnis der Öffentlichkeit gegenüber nicht mehr zum Ausdruck kam, wurde allmählich eine unserer heutigen Bezeichnung „stille Gesellschaft" ähnliche üblich [26]).

Diese Bezeichnung hat dann auch das ALR. (Teil II Tit. 8 § 651) aufgenommen und über das Allg. Dtsch. HGB. (Art. 250—265) ist sie in das geltende HGB. gekommen.

Das HGB. hat die st.G. im 2. Buch, äußerlich getrennt von den Handelsgesellschaften geregelt. Sie ist keine Firmengesellschaft und unterscheidet sich dadurch grundsätzlich von den anderen Gesellschaftsformen des HGB. Es fehlt auch an einer Vorschrift, die ähnlich wie bei der OHG. (§ 105 II HGB.) die Vorschriften des BGB. für aushilfsweise anwendbar erklärt. Doch hält die Denkschrift eine solche hilfsweise Anwendung für selbstverständlich. Es heißt da: (S. 196) „Auch das Gesellschaftsrecht des BGB. macht die Vorschriften über die stille Gesellschaft nicht entbehrlich. Das BGB. wird zwar zur Ergänzung dieser Vorschriften dienen, da die stille Gesellschaft trotz Mangels der Vermögensgemeinschaft der Teilhaber unter den allgemeinen Begriff der Gesellschaft i. S. des § 705 BGB. fällt". Ob und inwieweit diese Stellungnahme berechtigt ist, wird die folgende Untersuchung lehren.

§ 3. Begriff der Gesellschaft und des Einlagegeschäftes.

Das Wesen der Gesellschaft des BGB. ist nach den §§ 705 ff. BGB. einmal ein vertragliches Schuldverhältnis, zugleich aber auch eine rechtlich organisierte Personengemeinschaft. Wenn auch die die Organisation der Gemeinschaft betreffenden Bestimmungen großenteils vertraglich abgeändert oder aufgehoben werden können, so bleiben doch noch einige zwingende Bestimmungen übrig, aus denen sich das die Gemeinschaft verknüpfende personenrechtliche Band ergibt. Auch diese die Rechtsstellung der Gesellschafter als Glieder der Gemeinschaft betreffenden Bestimmungen sind neben der Begriffsbestimmung des § 705 BGB. begriffswesentliche Merkmale der Gesellschaft und ein Rechtsverhältnis, das sie nicht enthält, kann nicht als Gesellschaft angesehen werden. Es handelt sich bei diesen Rechten um nicht vermögensrechtliche Gesellschaftsrechte sozialrechtlichen Charakters.

§ 705 BGB. umschreibt das Wesen der Gesellschaft als eine durch den Gesellschaftsvertrag begründete gegenseitige Verpflichtung der Gesellschafter, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern.

---

25) Lübbert S. 478 ff.

26) So unterscheidet im Bolognesischen Recht eine Provision von 1538 „compagnia secreta" und „compagnia palese".

Danach ist die Gesellschaft ein Rechtsverhältnis, kein Rechtssubjekt. Sie besitzt nicht eigene Rechtspersönlichkeit, sondern Träger der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten sind die Gesellschafter, verbunden zu einer gemeinschaftlichen Organisation, die je nach der gewählten Form bald dinglicher[27]), bald nur schuldrechtlicher[28]) Natur ist.

Die Natur der Gesellschaft als Personengemeinschaft ergibt sich einmal aus der Verpflichtung der Glieder zur Förderung eines „gemeinsamen Zweckes". Diese Verpflichtung der Gesellschafter zu einem gemeinschaftsmäßigen Verhalten ist den typischen schuldrechtlichen, auf den Austausch von Leistung und Gegenleistung gerichteten Verträgen fremd. Soweit die Pflicht der Gesellschafter auch wie bei sonstigen Schuldverträgen die Pflicht zu vermögensmäßigen Leistungen umfaßt, z. B. als Beitragspflicht, gehen sie den Gesellschaftern vermögensmäßig nicht verloren, sondern dem Gesellschafter kommt durch seine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen seine Leistung selber wieder zugute[29]).

Dieser gemeinsame Zweck oder richtiger die gemeinsame Aufgabe[30]) muß ferner gemeinschaftlich verfolgt werden. Es genügt also nicht, daß mehrere Personen an dem Eintritt eines bestimmten Erfolges, etwa einem günstigen Geschäftsergebnis, interessiert sind, sondern die Beteiligung muß Ausfluß eines Gemeinschaftsverhältnisses sein.

Wesentlich für das Bestehen des Gemeinschaftsverhältnisses ist das Vorhandensein einer gemeinschaftlichen Organisation. Sie kann durch Abänderung der nichtzwingenden Bestimmungen des Gesetzes lockerer sein, als die der gesetzlich geregelten Regelform der Gesellschaft. Doch verbürgen die zwingenden Vorschriften den Gesellschaftern ein Mindestmaß an Einwirkungs- und Kontrollrechten und wo diese fehlen, ist auch keine Gesellschaft vorhanden[31]). Dazu gehört das Recht der Gesellschafter, die einem Gesellschafter vertraglich übertragene Geschäftsführungsbefugnis unter gewissen Voraussetzungen zu entziehen (§ 712 I BGB.), ebenso die Vertretungsmacht (§§ 715, 712 I BGB.) und das unentziehbare Nachprüfungsrecht des § 716 BGB.

Die gesetzlich geregelte Normalform der Gesellschaft ist die für die Umwelt erkennbare Gesellschaft mit Gesamthandsberechtigung der Mitglieder am Gesellschaftsvermögen, die man treffend „Gesamthandsaußengesellschaft" genannt hat[32]). Es ist das die schon oben (S. 3 f.) beschriebene typische Form der deutschrechtlichen Gesellschaft. Im BGB. zeigt sich der Gesamthandsgrundsatz in der Bindung des Gesellschafts-

---

27) So die Normalform der BGB.-Gesellschaft als Gesamthandsaußengesellschaft. Vgl. Lang S. 22, Geiler A. 143, Knoke S. 11 ff., Gierke Arch. f. Bürg. R. Bd. 19 S. 119.

28) Z. B. als schuldrechtliche Innengesellschaft. Vgl. hierzu Lang S. 22 f., Geiler A. 8.

29) Geiler A. 14.

30) So Leonhard Bd. II S. 272. Der Zweck, nämlich das Endziel, braucht durchaus nicht gemeinsam zu sein. Nur von der der Gesellschaft obliegenden Aufgabe wird das verlangt. Näheres bei Leonhard a.a.O. und unten.

31) Geiler A. 16.

32) Geiler A. 20.

vermögens (§§ 719 I BGB., 859 ZPO.), in der ungeteilten Mitberechtigung der Gesellschafter daran und an den einzelnen Vermögensgegenständen als Ausfluß der Mitgliedschaft [33]).

Wesentlich anders das Einlagegeschäft. Eine ausdrückliche Begriffsbestimmung des Einlagegeschäftes ist im Handelsgesetzbuch nicht enthalten. Nach der Denkschrift [34]) ist der Begriff der st.G. aus den §§ 335, 336 HGB. (§§ 326, 327 des Entwurfs) zu entnehmen. Doch würde eine hieraus entnommene Begriffsbestimmung zu eng sein, da daraus nichts über die Höhe der Haftung des Einlegers zu entnehmen wäre. Man kann den Begriff des Einlagegeschäftes nur aus der Gesamtheit sämtlicher nicht nachgiebiger Einzelvorschriften der §§ 335—342 HGB. entnehmen. Nur wenn diese sämtlich vorhanden sind, liegt eine st.G. i. S. des Gesetzes vor. Begriffsmerkmale sind sonach:

1. Ein Vertrag zwischen zwei Personen, von denen der eine (Komplementar oder Gerant) ein Handelsgewerbe betreiben muß. Vertragsschließende können immer nur zwei sein. Sind mehrere Einleger an einem Handelsgewerbe beteiligt, so liegen entweder ebensoviele Einlagegeschäfte vor oder die Einleger bilden untereinander eine Gemeinschaft, die als Einheit im Rechtsverkehr auftritt, sei es als juristische Person, Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, Erbengemeinschaft od. ä. [35]).

2. Der Komplementar betreibt das Handelsgewerbe unter seinem Namen und wird aus allen im Betriebe geschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet (§ 335 II HGB.). Ob er das Geschäft auf seine eigene oder gemeinschaftliche Rechnung [36]) betreibt, richtet sich nach dem Einlagevertrag. Das Gesetz zwingt weder zu der einen noch anderen Annahme.

3. Der Einleger hat eine Vermögenseinlage zu leisten, die in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergeht (§ 335 I HGB.). Nur mit dieser Einlage nimmt er am Geschäftsverlust teil und nur so weit haftet er den Gläubigern (§ 337 II S. 1 HGB.).

4. Der Einleger muß am Gewinn des Geschäftes beteiligt sein.

5. Nach Auflösung des Rechtsverhältnisses hat der Einleger gegen den Inhaber einen schuldrechtlichen Anspruch auf Auszahlung seines Guthabens.

So sind Gesellschaft und Einlagegeschäft durchaus verschieden. Allerdings hat man diesen Gegensatz dadurch ausmerzen wollen, daß man das Einlagegeschäft als eine Unterart der Gesellschaft nämlich als einen Fall der Innengesellschaft bezeichnet hat [37]).

---

33) Geiler A. 21 ff., Gierke Gen. Th. S. 339 ff., Priv. R. S. 663 ff.
34) S. 197.
35) So die h. M.: Flechtheim § 335 A. 37, Staub § 335 A. 5, Saenger S. 14, Lübbert S. 505 ff., Abw. anscheinend Lang S. 38 f.
36) Lastig S. 709, Renaud S. 72, 113. So die h. M.: Flechtheim § 335 A. 34, Staub § 335 A. 11.
37) Lang S. 25, Geiler A. 315, Flechtheim § 335 A. 2, 14, Wieland Bd. I S. 272 ff., Saenger S. 38 ff., 54, RGRK. § 718 A. 6, Abweichend Hoeniger S. 463 f.

Wie schon erwähnt, können die meisten Vorschriften des BGB. in mehr oder weniger großem Umfange abgeändert werden. Sind diese Abänderungen grundlegend, dann entstehen besondere Erscheinungsformen der Gesellschaft, so u. a. die Innengesellschaft. Bei ihr fehlen zwei Merkmale, die für die gewöhnliche Gesellschaft wesentlich sind, nämlich ein gesamthänderisches Gesellschaftsvermögen und die Geschäftsführung im Namen der Gesellschaft. Auch sie bleibt Gesellschaft, vorausgesetzt, daß durch gemeinsame Leistungen eine gemeinschaftliche Aufgabe verfolgt wird und daß den Gesellschaftern ein unentziehbares Mindestmaß der Einwirkungsmöglichkeit auf die Willensbildung der Gesellschaft verbleibt. Auf die Streitfrage, ob die Innengesellschaft stets auch zugleich Gesellschaft ohne Gesamthandvermögen ist [38]), braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen zu werden, da das Einlagegeschäft, sofern es überhaupt eine Gesellschaft ist, nur eine solche ohne Gesamthandvermögen sein kann, denn nach § 335 HGB. muß die Einlage des stillen Gesellschafters in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergehen. Damit ist die Bildung eines gesamthänderischen Gesellschaftsvermögens ausgeschlossen. Wohl aber kann ein schuldrechtliches Gesellschaftsgut gebildet werden, sei es nach Bruchteilen [39]), sei es intern als wirtschaftlich gemeinsames Vermögen. In letzterem Falle hat bei der Auflösung der Gesellschaft oder dem Ausscheiden eines Gesellschafters ein Liquidationsverfahren nach den Grundsätzen der §§ 730 ff. BGB. zu erfolgen. Rechtlich ist hier das Gesellschaftsvermögen Alleineigentum eines Gesellschafters, der entweder Treuhänder der anderen Gesellschafter oder ihnen schuldrechtlich verpflichtet ist, die fraglichen Gegenstände als gemeinschaftliches Vermögen zu behandeln [40]).

Eine Vertretung der Innengesellschaft nach außen findet nicht statt, da das Gesellschaftsverhältnis verdeckt ist. Der geschäftsführende Gesellschafter wird aus seinen Handlungen allein berechtigt und verpflichtet.

Aber auch trotz diesen Abschwächungen bleibt doch der Gegensatz zwischen einer solchen Innengesellschaft und der bloßen Einlagebeteiligung noch bestehen. Denn auch hier, bei der Innengesellschaft müssen die Gesellschafter immer das Recht haben, dem Geschäftsführer unter den Voraussetzungen des § 712 BGB. die Geschäftsführungsbefugnis zu entziehen. Haben sie dieses Recht nicht, dann fehlt ihnen jede Möglichkeit, die Geschäftsführung zu beeinflussen, was mit ihrer Stellung als Gesellschafter unvereinbar ist. Dieses personenrechtliche, über das rein Schuldrechtliche hinausgehende Band, das der Gesellschaft ihr besonderes Gepräge gibt, muß auch die Innengesellschaft haben, sofern sie noch als Gesellschaft i. S. der §§ 705 ff. BGB. angesehen werden soll. Auch sie hat, wie jede Gesellschaft, einen Innenwillen und es muß eine interne Regelung der Geschäftsführung vorhanden sein [41]).

Zuweilen wird einem Rechtsverhältnis aber auch sein Charakter als st.G. mit der Begründung abgesprochen, daß der Einleger zu wenig Ein-

---

38) Vgl. Geiler A. 300, 316.
39) Geiler A. 302.
40) Geiler A. 304, Lang S. 29.
41) Hoeniger S. 465, Lang S. 27 f., Abweichend Geiler A. 320.

fluß auf den Geschäftsbetrieb habe [42]). Es kann dann aber trotzdem noch ein Einlagegeschäft vorliegen, das jedoch das rechtliche Gewand eines partiarischen Darlehens hat. Das Einlagegeschäft deckt sich also nicht mit dem von der h. M. als „stille Gesellschaft" bezeichneten Rechtsverhältnis.

§ 4. Entstehung der Gesellschaft und des Einlagegeschäftes.

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes entsteht durch Vertrag. Der Gesellschaftsvertrag i. S. von § 705 BGB. ist somit die gegenseitige, ohne Beobachtung einer vorgeschriebenen Form rechtsgültige Willenserklärung, das ist die Vereinbarung, durch welche die Beteiligten die Gesellschaft gründen. Es entsteht dadurch ein Schuldverhältnis und zugleich ein persönliches Gemeinschaftsverhältnis. Auch die Beziehungen der Gesellschafter untereinander werden meist im Vertrag geregelt, doch greifen die gesetzlichen Bestimmungen Platz, wenn es an einer entsprechenden vertraglichen Regelung fehlt.

Zur Errichtung der Gesellschaft sind wenigstens zwei juristische oder natürliche Personen erforderlich, sonst ist die Zahl der Mitwirkenden unbegrenzt.

Die Gesellschaft ist ein gegenseitiger Vertrag. Das wird zwar teilweise bestritten, doch wird von den Gegnern der gegenseitige Vertrag anscheinend nicht scharf genug vom zweiseitigen unterschieden, den ja auch das Gesetz in den §§ 320 ff. BGB. zunächst im Auge hat. Aber wenn auch die Leistungen aus dem Gesellschaftsvertrage zur Verfolgung einer gemeinsamen Aufgabe bestimmt sind, so bedeutet doch die Leistung eines Gesellschafters ein Entgelt für die der anderen und die Leistungspflicht eines Gesellschafters ist von der der anderen abhängig [42a]).

Das die Gemeinschaft der Gesellschafter verbindende persönliche Band kommt in der Abhängigkeit der Verpflichtung eines Gesellschafters von der aller übrigen zum Ausdruck. Wenn die Willenserklärung eines Gesellschafters nichtig ist, so entsteht auch keine Verpflichtung für die übrigen. Es ergibt sich das notwendig aus dem Wesen der Gesellschaft, die kein gewöhnliches Schuldverhältnis ist, bei der es vielmehr auch wesentlich auf die Personen der Beteiligten ankommt. Deshalb ist es notwendig, daß alle den Gesellschaftsvertrag abschließenden Personen auch wirklich zu Gesellschaftern werden. Schon bei der Errichtung müssen alle Gesellschafter das gemeinsame Interesse beobachten und dürfen nicht lediglich ihren eigenen Nutzen im Auge haben. Deshalb läßt sich der Gesellschaftsvertrag auch nicht bei Unwirksamkeit der Erklärungen eines Gesellschafters gemäß § 139 BGB. aufrecht erhalten [43]).

---

42) LZ. 19/211, 1; RG 57/176 f.

42a) So Geiler A. 42, Leonhard Bd. II S. 779, Oertmann § 705 A. 4, Enneccerus-Lehmann S. 564, Planck Vorb. IV vor § 705. Dagegen Wieland Bd. I S. 464, Brodmann bei Ehrenberg IV 2, 307.

43) Geiler A. 43, Staudinger § 705 A. II 2 a. Dagegen RGRK. § 705 A. 2, Planck § 705 A. 2, Knoke S. 26.

Für die Entstehung der Gesellschaft und ihre Wirksamkeit im Verhältnis zu Dritten ist nicht erforderlich, daß sie durch einen Kundmachungsakt ins Rechtsleben eingeführt wird, etwa durch Eintragung in ein Register wie die Offene Handelsgesellschaft (§ 123 HGB.).

Auch das Einlagegeschäft wird durch Vertrag errichtet, der jedoch nur zwischen zwei Parteien geschlossen werden kann[44]). Daß die Vermögenseinlage bereits geleistet sei, ist zur Entstehung des Einlagegeschäftes nicht erforderlich, doch muß sie im Vertrage bereits zugesagt und so genau umschrieben sein, daß ihr objektiver Wert bestimmbar ist[45]). Der Geschäftsinhaber muß Kaufmann sein, doch hat das Einlagegeschäft keine Firma. Es tritt nach außen nur unter der Firma oder dem Namen des Inhabers in Erscheinung. Daran kann man das Fehlen des über das reine Schuldverhältnis hinausgehenden personenrechtlichen Bandes der Gesellschaft erkennen. Gerade in der Firma der Handelsgesellschaft offenbart sich das Gemeinschaftsverhältnis als Zeichen der Verbindung der Personen als solcher[46]).

Die Vertragsparteien des Einlagegeschäftes stehen sich bei Begründung des Rechtsverhältnisses nicht wie Gesellschafter gegenüber, die gemeinschaftlich eine Aufgabe verfolgen, durch ihr gleichartiges Zusammenwirken ein gemeinsames Ziel erreichen wollen, sondern lediglich wie Gläubiger und Schuldner, die in erster Linie ihren Vorteil betreiben, der allerdings in der Regel mit dem Geschäftsvorteil zusammenfallen wird.

Aus der Tatsache, daß das Einlagegeschäft nur zwischen zwei Personen geschlossen werden kann, schließt Lübbert[47]), daß es keine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sein könne. Doch überzeugt seine Beweisführung nicht. Wenn auch das Einlagegeschäft ein Begriffsmerkmal hat, das bei der Gesellschaft fehlt, so liegt darin keine begriffliche Unvereinbarkeit, sofern nur die BGB.-Gesellschaft durch vertragliche Abänderung des nachgiebigen Gesetzesrechts so gestaltet werden kann, daß sie die gleichen Bestandteile wie das Einlagegeschäft enthält. Es kann aber nicht bezweifelt werden, daß auch die BGB.-Gesellschaft vertraglich auf zwei Personen beschränkt werden kann. Es ist für die Gesellschaft des BGB. nicht wesentlich, daß die Zahl der Gesellschafter unbeschränkt ist, sondern lediglich, daß es mehrere sind. Diese Voraussetzung ist auch bei der Beschränkung der Zahl der Vertragschließenden des Einlagegeschäftes auf zwei erfüllt und aus dieser Bestimmung seiner gesetzlichen Regelung läßt sich nicht erkennen, daß es keine Gesellschaft ist.

§ 5. Aufgaben der Gesellschaft und des Einlagegeschäfts.

So wie sich die verschiedenartige Stellung des Gesellschafters und des Einlegers als zukünftige Träger des Rechtsverhältnisses bereits in

44) Vgl. oben S. 8.
45) Flechtheim § 335 A. 12, Staub § 335 A. 13.
46) Elsoffer S. 41.
47) a.a.O. S. 511.

der verschieden gestalteten Mitwirkung bei Errichtung der Gemeinschaft zeigt, ist dies auch und zwar weit ausgeprägter, bei Erfüllung der Gesellschaftsaufgaben der Fall.

Die Gesellschafter schließen sich nach § 705 BGB. zur „Erreichung eines gemeinsamen Zweckes" zusammen. Darunter ist nicht zu verstehen, daß der Endzweck, das Ziel des Gesellschaftsvertrages gemeinsam sein müsse, sondern lediglich, daß sich die Gesellschafter über die Aufgaben der Gesellschaft klar sind [48]).

Geiler (A. 18) unterscheidet Zweck und Ziel oder Absicht der Gesellschaft. Er versteht unter Zweck das, was hier Gesellschaftsaufgabe genannt ist und unter dem Ziel den Endzweck. Ob die h. M. wie Leonhard [48a]) meint, wirklich der Ansicht ist, daß der Endzweck gemeinsam sein müsse, erscheint zweifelhaft. Es dürfte sich im Allgemeinen nur um eine durch die fehlerhafte Fassung des Gesetzes hervorgerufene ungenaue Ausdrucksweise handeln, da man früher den Unterschied zwischen Aufgabe und Zweck noch nicht genügend herausgestellt hatte. So nimmt auch RGRK. [48b]) nicht Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes an, wenn keine Aussicht besteht, den Betrieb gewinnbringend zu gestalten. Würde die h. M. unter Zweck auch den Endzweck, das Ziel verstehen, dann würde sie auch in diesem Fall Unmöglichkeit der Zweckerreichung annehmen müssen.

Die Gesellschaftsaufgabe muß g e m e i n s c h a f t l i c h verfolgt werden. Die Tätigkeit der Gesellschafter muß ein Zusammenwirken zur Erfüllung der Gesellschaftsaufgaben darstellen. Aus der gleichartigen und gleichberechtigten Stellung der Gesellschafter ergibt sich, daß auch ihre Mitwirkung bei Erfüllung der Gesellschaftsaufgaben grundsätzlich gleich sein muß. Voraussetzung für das gemeinsame Zusammenwirken ist die Bildung einer gemeinschaftlichen Wirtschaftsorganisation und wenigstens die innere Führung einer gemeinsamen Rechnung [49]). Eine Gemeinschaftsaufgabe liegt noch nicht vor, wenn lediglich eine Beteiligung am Geschäftsergebnis vorgesehen ist. Das gleiche Interesse an dem Eintritt eines bestimmten Erfolges genügt noch nicht zur Bildung des der Gesellschaft eigentümlichen Gemeinschaftsverhältnisses.

In den §§ 335 ff. HGB. ist nicht ausdrücklich verlangt, daß auch das Einlagegeschäft eine gemeinsame Aufgabe haben müsse. Wenn die h. M. das gleichwohl annimmt, so schließt sie es daraus, daß das Einlagegeschäft den Betrieb des Handelsgewerbes des Inhabers zum unmittelbaren Vorteil beider Vertragsteile bezwecke [50]). Doch kann man bei der st.G. nicht davon sprechen, daß den Vertragschließenden die gemeinschaftliche Aufgabe obliege, das Geschäft des Komplementars zu betreiben und durch ihr tätiges Zusammenwirken diese Aufgabe zu fördern. Gewiß können sie das zwischen ihnen vereinbarte Rechtsverhältnis so ausgestalten, doch ergibt sich aus dem Gesetz nicht das Vorhandensein dieser

---

48) So Leonhard Bd. II S. 272.
48a) a.a.O. S. 272.
48b) Anm. 2 zu § 726.
49) Geiler A. 16.
50) Elsoffer S. 44, Flechtheim § 335 A. 2.

gemeinsamen Aufgabe. Es ist durchaus möglich, daß sich die Mitwirkungspflicht des Einlegers in der Bewirkung seiner Einlage erschöpft. Dann kann aber nicht von einem gesellschaftlichen Zusammenwirken in dem oben erörterten Sinne die Rede sein [51]. Es trifft auch nicht zu, daß die Beteiligung des Einlegers an dem Handelsgewerbe dem Vertrage den Gesellschaftscharakter gebe [52]. Das Beteiligtsein hat lediglich die Folge, daß der Beteiligte in irgendeinem Sinne an dem Risiko des Geschäftes Anteil hat, sei es, daß seine Rechtsstellung sich durch die Erzielung eines Geschäftsgewinnes unmittelbar verbessert oder sich die Höhe seines Gewinnes nach dem Geschäftsgang bestimmt, sei es, daß er auch den Verlust mitzutragen hat. So sind auch das partiarische Darlehen und das Verhältnis des commis intéressé Formen der Beteiligung an einem Unternehmen, ohne daß daraus die h. M. die Folgerung gezogen und wie bei dem Einlagegeschäft eine gemeinschaftliche Aufgabe angenommen hätte. Das Interesse des Geschäftsinhabers und des Einlegers an einem möglichst günstigen Ertrag des Unternehmens laufen parallel, aber man kann nicht sagen, das Geschäft werde von dem Inhaber im gemeinsamen Interesse betrieben [53].

§ 6. Vermögensrechtliche Rechte und Pflichten des Gesellschafters und des Einlegers.

Die Art und Weise, wie die Gesellschafter die Gesellschaftsaufgaben zu fördern haben, besteht in der Regel in der Verpflichtung zur Beitragsleistung, wenn auch dieser Inhalt nicht erforderlich ist, sondern auch andere Mittel in Betracht kommen, z. B. eine gemeinsame Geschäfts- oder Prozeßführung [54]. Die Beiträge können verschiedener Art sein und in der Leistung von Barkapital, Sachen und Rechten, Diensten oder in Unterlassungen als negativen Leistungen bestehen. Überall handelt es sich aber um vermögenswerte Beiträge [55] und so umfaßt einen großen Teil des Aufgabengebietes sowohl der Gesellschaft des BGB. wie des Einlagegeschäftes die vermögensrechtliche Seite des Rechtsverhältnisses. Sie wird deshalb meist im Gesellschaftsvertrage geregelt sein. Doch gibt das Gesetz für den Fall, daß es nicht geschehen ist, eingehende Auslegungsbestimmungen.

Der Tatsache, daß alle mitwirkenden Gemeinschafter grundsätzlich gleiche Rechte und Pflichten haben, entspricht die Bestimmung des § 706 I BGB., daß sie in Ermangelung einer anderen Vereinbarung gleiche Beiträge zu leisten haben. Die gegenseitige Verpflichtung der Gesellschafter zur Leistung der vereinbarten Beiträge entsteht als eine der wichtigsten inneren Wirkungen aus dem Gesellschaftsvertrag. Schuldner

51) Vgl. Marcus in Holdh. Mschr. 23/112.
52) So Flechtheim § 335 A. 5.
53) Lang S. 50, Abw. Flechtheim § 335 A. 5.
54) Oertmann § 705 A. 2b, Seuff. Arch. Bd. 73 Nr. 10.
55) And. Ans. Elsoffer S. 45.

ist der einzelne Gesellschafter, dem die Gesamtheit der Gesellschafter als Gläubiger gegenübersteht. Die Erfüllung dieser Ansprüche erfolgt durch Leistung an die Gemeinschaft, denn die Beiträge sollen der Gesellschaft als Mittel zur Verfolgung der gemeinsamen Aufgaben dienen. Deshalb kann die Leistung auch nicht an den einzelnen Gesellschafter gefordert werden, sondern nur an die Gemeinschaft [56]). Auch der Anspruch auf die Beiträge gehört zum Gesellschaftsvermögen, weil sonst der einzelne Gesellschafter über seinen Anteil an den Beitragsansprüchen frei verfügen könnte und der geschäftsführende Gesellschafter nicht die Möglichkeit hätte, die Beiträge einzuziehen [57]). Wenn auch die Beitragsansprüche den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zustehen, so kann doch jeder Gesellschafter gegen die Mitgesellschafter auf Leistung klagen mit der Maßgabe, daß nur Leistung an alle Gesellschafter oder den empfangsberechtigten Geschäftsführer verlangt werden kann [58]).

Bestehen die Beiträge in Kapital- oder Sachleistungen, so werden sie meist zu vollem Eigentum übertragen; sie können aber auch so erfolgen, daß die Gesellschaft nur ein vertraglich näher ausgestaltetes Nutzungsrecht an den eingebrachten Gegenständen hat. Der Natur des Gesellschaftsvermögens als gesamthänderischen Gemeinschaftsgutes entspricht es grundsätzlich, daß vertretbare und verbrauchbare Sachen gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschaft werden sollen. Dem entspricht auch die Auslegungsregel des § 706 II S. 1 BGB. Dasselbe gilt für andere Gegenstände, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind. Vollzogene Beitragsleistungen nennt das Gesetz Einlagen [59]).

Die Mitwirkungspflicht bei Erfüllung der Gesellschaftsaufgaben erschöpft sich nicht in der Leistung von Gegenständen, sondern kann auch in Dienstleistungen bestehen. In diesem Fall bringt der Gesellschafter seine Arbeitskraft in mehr oder weniger großem Umfange in die Gesellschaft ein. In § 706 III BGB. ist das ausdrücklich gestattet.

Schließlich können die Beiträge auch in Unterlassungen bestehen [60]). Denn auch dadurch, daß sich die Gesellschafter verpflichten, irgendetwas zu unterlassen, können die Gesellschaftsaufgaben gefördert werden. Das ist z. B. der Fall, wenn sich die Beteiligten bei einem Kartell verpflichten, nicht unter einem gewissen Mindestpreis oder nicht in gewissen Gebieten zu verkaufen. Dann besteht die Gesellschaftsaufgabe in einer gesunden Preispolitik oder Absatzregelung.

Die h. M. sieht in der Vermögenseinlage den vom stillen Gesellschafter zu leistenden Gesellschaftsbeitrag [61]). Doch bestehen so weitgehende Unterschiede zwischen Beitrag und Einlage, daß man in der Verpflichtung

---

56) Geiler A. 84, Leonhard Bd. II S. 279.

57) Ebenso Leonhard Bd. II S. 284, Enneccerus-Lehmann § 176 I, 1, Geiler A. 84, Wieland Bd. I S. 546, RGRK. § 718 A. 3, RG. 76/278 ff. Abw. Planck zu § 718, Knoke S. 33.

58) Geiler A. 105, Wieland Bd. I S. 547, Oertmann § 705 A. 3, Gierke Priv. R. Bd. III S. 844, Seuff. Arch. Bd. 81 Nr. 27, RG 90/300. Abw. Enneccerus-Lehmann S. 572, Knoke S. 34.

59) Geiler A. 92, BGB. §§ 707, 733, 734, 735, 739.

60) Enneccerus-Lehmann § 174 I, Oertmann § 705 A. 2 b, Geiler A. 77.

61) Flechtheim § 335 A. 6.

zur Leistung der Vermögenseinlage in der Regelform der §§ 335 ff. BGB. kein Mittel zur Förderung der Gesellschaftsaufgaben in dem für die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft dargelegten Sinne erblicken kann[62]. Dies wäre nur dann der Fall, wenn man auf Grund einer engen vertraglichen Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Einleger und dem Geschäftsinhaber von dem Betrieb des Handelsgewerbes als gemeinschaftlicher Aufgabe sprechen könnte. Bei der gesetzlichen Regelung des Rechtsverhältnisses ist dies jedoch keineswegs der Fall.

Im Gegensatz zur Gesellschaft sind die Förderungspflichten der Vertragspartner bei dem Einlagegeschäft grundsätzlich nicht gleich, sondern verschiedenartig: Der Geschäftsinhaber betreibt sein Handelsgewerbe, der Einleger leistet eine Vermögenseinlage. Diese muß im Unterschied zum Beitrag immer in einer in Geld abschätzbaren vermögenswerten Leistung bestehen. Sie wird in der Regel in Geld, Wertpapieren oder anderen körperlichen Gegenständen bestehen, doch können auch Forderungen eingebracht werden. Da die Einlage nicht, wie nach Art. 252 I des Allg. D. HGB., in das Eigentum, sondern nur in das Vermögen des Geschäftsinhabers überzugehen braucht, kann sie auch in einer Gebrauchsüberlassung bestehen[63]. Von der näheren Ausgestaltung des Verhältnisses, insbesondere dem dem Einleger eingeräumten Einfluß hängt es allerdings ab, ob es sich in der Tat um eine Gesellschaft oder ein gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis handelt oder etwa um ein partiarisches Mietverhältnis.

Ähnlich ist die Rechtslage in dem umstrittenen Fall, daß Dienstleistungen als Einlage gewährt werden sollen. Diejenigen, welche das Einlagegeschäft als Gesellschaft betrachten, bejahen die Möglichkeit von Dienstleistungen als Vermögenseinlage vielfach im Hinblick auf § 706 III BGB.[64]. Doch lassen die Gegner Dienstleistungen als Einlage dann zu, wenn die Vergütung für die zu leistenden Dienste als Einlage im Geschäft des Inhabers belassen wird. Aber wenn das auch nicht ausdrücklich vereinbart ist, wird man in der Regel das Versprechen von Dienstleistungen in diesem Sinne deuten können, sodaß man auch dann praktisch zu demselben Ergebnis kommt wie die h. M. In Wirklichkeit ist es gar kein Kennzeichen des Einlagegeschäftes als Gesellschaft, ob Dienste als Einlage versprochen worden sind und geleistet werden können, sondern die Beantwortung der Frage hängt von dem Umfang der dem Einleger eingeräumten Rechte ab.

Wesentlich ist aber, daß die Vermögenseinlage in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergehen muß. Hier liegt eine Eigentümlichkeit vor, die das Einlagegeschäft erheblich von der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft unterscheidet. Denn dort haben die Gesellschafter entsprechend den gleichen Pflichten auch gleiche Rechte und das aus den Beiträgen gebildete Vermögen steht ihnen allen als gesamthänderisches Gemeinschaftsgut zu. Bei dem Einlagegeschäft kann kein Gesellschaftsvermögen im

62) Marcus in Holdh. Mschr. 23/112.
63) Flechtheim § 335 A. 7, Staub § 335 A. 16.
64) Flechtheim § 335 A. 7, Staub § 335 A. 15, Renaud S. 79 ff., Abw. Lastig S. 705, Lübbert S. 515, Wieland Bd. I S. 774 f., Saenger S. 71 ff.

Rechtssinne entstehen, weder zur gesamten Hand noch nach Bruchteilen. Es ist lediglich eine Vereinbarung des Inhalts zwischen Inhaber und Einleger möglich, daß im Innenverhältnis das Geschäftsvermögen als Gesellschaftsvermögen gelten soll. Dann darf der Komplementar nicht beliebig mit der Einlage verfahren, sondern ist dem Einleger verpflichtet, die getroffenen Vereinbarungen einzuhalten. Nach außen wird seine Rechtsstellung und Verfügungsbefugnis dadurch nicht berührt. Man kann jedoch nicht mit Saenger (S. 39 f.) eine solche oder ähnliche Regelung als die Regelform ansehen und das Einlagegeschäft als ein Rechtsverhältnis, „welches engste Verwandtschaft mit fiduziarischen Rechtsgeschäften anderer Art aufweist".

So sehr auch die Tatsache, daß beim Einlagegeschäft ein Gesellschaftsvermögen fehlt, es von den Gesellschaftsformen des bürgerlichen und Handelsrechts unterscheidet, so liegt darin doch kein Merkmal, welches die Rechtsnatur des Einlagegeschäftes als Gesellschaft begrifflich ausschließen könnte. Denn es ist anerkannten Rechts, daß auch die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft in Form einer Gesellschaft ohne gemeinschaftliches Vermögen oder als bloße Innengesellschaft gebildet werden kann [65].

Neben der Beitragspflicht und der gesamthänderischen Berechtigung am Gesellschaftsvermögen ist die Beteiligung am Gewinn und Verlust die wichtigste Seite der vermögensrechtlichen Beziehungen der Gesellschafter.

Das Gesetz hat lediglich in den §§ 721 f. BGB. gewisse Auslegungsregeln für die Verteilung von Gewinn und Verlust gegeben, falls der Gesellschaftsvertrag darüber schweigt. Gerade darin, daß das Gesetz in § 722 BGB. die Anteile der Gesellschafter am Gewinn und Verlust ohne Rücksicht auf die Art und Höhe seines Beitrages in gleicher Höhe festsetzt und nach Köpfen verteilt, zeigt sich wieder die Natur der Gesellschaft in erster Linie als Personengemeinschaft und dann erst als Schuldverhältnis. Unter Gewinn ist der Betrag zu verstehen, um den sich das Gesellschaftsvermögen an dem der Berechnung zugrunde liegenden Zeitpunkt vermehrt hat [66]. Endgültig läßt sich dieser Betrag erst am Ende der Gesellschaft ermitteln und deshalb hat nach der Regel des § 721 I BGB. die Gewinnverteilung erst nach Auflösung der Gesellschaft zu erfolgen.

Der Anspruch auf den Gewinnanteil steht dem einzelnen Gesellschafter als Gläubiger zu und zwar gegen alle übrigen Gesellschafter als Schuldner. Diese haften jedoch nur mit dem Gesellschaftsvermögen. Es kann die Leistung von jedem Gesellschafter, aber nur aus dem Gesellschaftsvermögen verlangt werden. Handelt es sich um eine Erwerbsgesellschaft, so muß jeder Gesellschafter in irgend einer Form am Gewinn beteiligt sein [67]. Allerdings genügt es, wenn der Gesellschafter einer Erwerbsgesellschaft ein festes Gehalt bezieht. Es hat also die Gewinn-

---

65) Vgl. oben S. 9, Geiler A. 19, 299 ff., Leonhard Bd. II S. 277, RGRK. § 718 A. 6 u. 8.

66) Geiler A. 101, Oertmann § 722 A. 3.

67) Geiler A. 101, RGRK. § 722 A. 1, Oertmann § 705 A. 2a, Abw. Lang S. 43.

beteiligung nicht notwendig ein Mittragen des Geschäftsrisikos zur Folge[68]).

Dem Recht auf Gewinnbeteiligung steht als Pflicht in der Regel die Beteiligung am Verlust gegenüber. Sie entspricht mangels anderer Vereinbarung gemäß § 722 BGB. der Gewinnbeteiligung als deren negatives Spiegelbild nach Art und Umfang. Das gilt auch für den Fall, daß nur der Anteil am Gewinn vertraglich bestimmt ist. Auch hier wird entsprechend der personenrechtlichen Stellung der Gesellschafter der von ihnen zu tragende Verlustanteil nicht nach der Höhe ihrer vermögensmäßigen Beteiligung, sondern nach der Kopfzahl bestimmt. Dies auch dann, wenn der Gesellschafter überhaupt keinen Kapitalbeitrag geleistet hat. Die Verlustbeteiligung ist dann lediglich ein Ausfluß der Mitgliedschaft[69]).

Im Gegensatz zur Gewinnbeteiligung kann jedoch der Gesellschafter von der Teilnahme am Verlust vollständig befreit werden[70]).

Die Wirkung der Verlustbeteiligung äußert sich endgültig auch erst bei Auflösung der Gesellschaft. Denn wenn sich in diesem Zeitpunkt herausstellt, daß das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und zur Rückerstattung der Einlage nicht ausreicht, dann haben nach § 735 BGB. die Gesellschafter für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis ihrer Verlustanteile aufzukommen. Daraus ergibt sich, daß nicht jeder Gesellschafter das Risiko seiner Kapitaleinlage selber trägt, sondern daß es unter sämtliche Gesellschafter im Verhältnis ihrer Verlustanteile verteilt ist[71]). Dieser wichtige, wenn auch nachgiebige Rechtsgrundsatz, daß die Gesellschafter die Gefahr einer Zahlungsunfähigkeit eines Gesellschafters nicht nur im Hinblick auf die Schuldendeckung, sondern auch die Rückerstattung der Einlage tragen, ist auch nur als Folge der Natur der Gesellschaft als einer Personengemeinschaft zu erklären.

Über die Beteiligung des Einlegers am Gewinn des Unternehmens bestimmt § 336 II HGB., daß sie vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann. § 336 I HGB. setzt als Maßstab fest, daß im Zweifel ein den Umständen nach angemessener Anteil am Gewinn und auch am Verlust als bedungen gelten soll.

Praktisch wird der Fall nicht häufig sein, daß der Gesellschaftsvertrag über die Gewinn- und Verlustverteilung schweigt. Es ist aber bezeichnend und entspricht auch dem Charakter des Einlagegeschäftes, das in erster Linie als Schuldverhältnis und Kapitalanlage gedacht ist, daß nicht eine Verteilung nach Kopfteilen als gesetzliche Regel wie bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft festgesetzt ist. Was „ein den Umständen nach angemessener Anteil“ ist, hängt von verschiedenen Voraussetzungen ab, doch darf man bei ihrer Bewertung den wirtschaftlichen Zweck des

---

68) Staudinger Vorb. II 5 b vor § 705, Flechtheim § 105 A. 2, RG. 90/16, JW. 1915 S. 1428, 3.

69) Geiler A. 96.

70) RGRK. § 705 A. 3, Oertmann § 722 A. 2, LZ. 19/869, RG. 20/163, 27/13, 31/35 u. a.

71) Geiler, A. 97, Staudinger § 735 A. I 1.

Einlagegeschäfts als Möglichkeit für eine Kapitaleinlage nicht außeracht-lassen. Es sind also das Verhältnis der Einlage zum Geschäftsvermögen des Inhabers, die Bedeutung der Tätigkeit des Unternehmers für den Geschäftsgang, die Bedeutung der Beteiligung des Einlegers für den Kredit des Geschäftes, sofern sie Dritten bekannt wird u. a. zu berücksichtigen [72]).

Auch die Vorschrift, daß die Abrechnung über Gewinn oder Verlust und die Auszahlung eines etwaigen Gewinns, nicht wie bei der Gesellschaft erst nach Auflösung des Rechtsverhältnisses, sondern am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres zu erfolgen hat, ist eine Folge des Charakters der st.G. als Kapitalanlage.

Die Beteiligung des Einlegers am Geschäftsverlust kann nach § 336 II HGB. ausgeschlossen werden. Die h. M. ist der Ansicht, daß dann, wenn nur die Beteiligung am Gewinn geregelt ist, der Einleger in Anwendung der nachgiebigen Vorschrift des § 722 BGB. am Verlust in gleicher Weise beteiligt sei, wie an einem etwaigen Gewinn [73]). Diese Ansicht folgt daraus, daß man das Einlagegeschäft als Unterart der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft ansieht und deshalb immer hilfsweise die bürgerlichrechtlichen Vorschriften für anwendbar hält. Doch wird man dem nicht ohne weiteres folgen können, sondern auf die sonstige innere Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses sehen müssen. Ist sie gesellschaftsähnlich, dann wird man § 722 BGB. anwenden können, ist sie darlehnsähnlich, dann nicht. Für diesen Fall greift dann die Regel des Gesetzes ein, daß ein den Umständen nach angemessener Anteil am Verlust als bedungen gilt, der auch im Ausschluß der Verlustbeteiligung bestehen kann. Dann kann es auch kaum vorkommen, daß, wie Saenger (S. 97) anführt, sich in der Praxis dadurch ziemliche Überraschungen für die Beteiligten ergeben, „daß eine Regelung dieses Punktes übersehen und infolgedessen entgegen den Wünschen der Vertragschließenden die Verlustbeteiligung nicht ausgeschlossen ist".

Die Höhe der Verlustbeteiligung des Einlegers ist nach § 337 II HGB. auf den Betrag seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage begrenzt. Doch gilt diese Vorschrift zwingend nur für das Verhältnis zu den Gläubigern des Handelsgeschäfts. Im Innenverhältnis zwischen Einleger und Inhaber ist die Vereinbarung einer weitergehenden Beteiligung am Verlust zulässig [74]). Ist eine solche Zuschußpflicht des Einlegers vereinbart, so kann das im Einzelfall für die Rechtsnatur des Einlagegeschäfts als Gesellschaft sprechen, denn es würde darin eine stärkere Bindung des Einlegers an das Schicksal des Unternehmens liegen.

Eine dritte Seite der vermögensrechtlichen Beziehungen der Gesellschafter betrifft das Außenverhältnis, das Verhältnis zu Gläubigern und Schuldnern.

---

72) Vgl. Saenger S. 83 f., Flechtheim § 355 A. 4.

73) Flechtheim § 336 A. 4, Staub § 336 A. 2, Saenger S. 97, RG. LZ. 11/58, 2.

74) Flechtheim § 337 A. 16, Saenger S. 98 f., wohl auch Staub § 337 A. 9. Abw. Renaud S. 88, RG. 33/129.

Angelpunkt des vermögensrechtlichen Außenverhältnisses der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft ist der Grundsatz der gesamten Hand. So werden alle für die Gesellschaft erworbenen Forderungen gemeinschaftliches Vermögen zur gesamten Hand.

Für die Gesellschaftsschulden haftet im Regelfall das Gesellschaftsvermögen und daneben alle Gesellschafter mit ihrem sonstigen Vermögen. Es ist jedoch möglich, daß im Einzelfall nur das Gesellschaftsvermögen haftet, z. B. dann, wenn beim Vertragsschluß mit dem Gläubiger die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt war oder wenn die Vertretungsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters in der Weise beschränkt war, daß er die Gesellschafter nur mit dem Gesellschaftsvermögen verpflichten konnte. Grundsatz ist in allen Fällen, daß alle Gesellschafter gegenüber dem Schuldner gleiche Rechte und gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft gleiche Pflichten haben.

Ganz anders beim Einlagegeschäft. Es tritt nach außen überhaupt nicht in Erscheinung. Allein der Geschäftsinhaber tritt zu Dritten in rechtliche Beziehungen und wird ihr Gläubiger und Schuldner. Er haftet für die Verbindlichkeiten mit seinem Vermögen, der Einleger nur mit seiner Einlage, die in das Vermögen des Inhabers übergegangen und ein Bestandteil davon geworden ist. Die Folge davon ist jedoch, daß sie nicht nur für Geschäftsschulden haftet, sondern für alle Schulden des Inhabers, also auch solche aus unerlaubter Handlung.

Hier zeigt es sich, daß es dem Einlagegeschäft an einem Gemeinschaftsverhältnis fehlt, wie es der bürgerlichen Gesellschaft eigentümlich ist. Der Einleger ist nicht Gemeinschafter des Handelsgewerbes mit gleichen Rechten und Pflichten wie der Inhaber, sondern für ihn handelt es sich um ein fremdes Geschäft. Die Beziehungen zwischen dem Inhaber und Dritten gehen ihn nichts an. Er wird nur Gläubiger und Schuldner des Inhabers und bleibt von dem vermögensrechtlichen Außenverhältnis unberührt.

§ 7. Einflußnahme auf die Geschäftsführung durch Gesellschafter und Einleger im Innenverhältnis.

Die Beitragspflicht des Gesellschafters stellt sich als Pflicht zur Mitwirkung bei Förderung und Erfüllung der Gesellschaftsaufgaben dar. Sie erschöpft sich in der Regel in einer einmaligen Leistung. Zur Weiterförderung während des Bestandes der Gesellschaft dient in erster Linie die Geschäftsführung. Nach § 709 I BGB. haben grundsätzlich sämtliche Gesellschafter das Recht und die Pflicht, die Gesellschaftsgeschäfte gemeinschaftlich zu führen und zwar ist jeweils die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Neben dieser Regel erwähnt das Gesetz als vertragliche Typen für die Geschäftsführung:

1. Die Geschäftsführung steht zwar allen Gesellschaftern gemeinsam zu, doch entscheidet im Einzelfall die Mehrheit der Gesellschafter nach der Kopfzahl, § 709 II BGB.

2. Ein oder mehrere Gesellschafter haben die Geschäftsführung unter Ausschluß der übrigen Gesellschafter zu besorgen (§ 710 BGB.).

3. Jeder einzelne geschäftsführende Gesellschafter ist für sich allein zur Geschäftsführung befugt (§ 711 BGB.).

Außerdem kann aber auch durch Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung auf eine im Gesetz nicht vorgesehene Weise geregelt werden [75]. Immer muß jedoch die gesellschaftsrechtliche Geschäftsführung von Gesellschaftern ausgeübt werden. Sie können das allerdings auch in der Form tun, daß sie einen Nichtgesellschafter mit der Geschäftsführung betrauen. Der ist dann aber nicht Geschäftsführer i. S. der §§ 709 ff. BGB., sondern Beauftragter aller geschäftsführenden Gesellschafter. Das Rechtsverhältnis zu dem Dritten ist demzufolge nach den Vorschriften über den Auftrag und die Geschäftsbesorgung, nicht nach Gesellschaftsrecht zu beurteilen [76].

Das Recht zur Geschäftsführung ist das wesentlichste Recht des Gesellschafters zur Mitwirkung bei Erfüllung der Gesellschaftsaufgaben. Der Umfang, in dem diese Befugnis dem Beteiligten eines Rechtsverhältnisses eingeräumt ist, bildet einen bedeutsamen Maßstab zur Beantwortung der Frage, ob der Vertragschließende als Gesellschafter und das Rechtsverhältnis als Gesellschaft anzusprechen ist. Sie ist immer ein Teil des Gesellschaftsverhältnisses und Ausfluß der Mitgliedschaft. Da die Gesellschaft ein Gemeinschaftsverhältnis ist, folgt daraus mit Notwendigkeit die Befugnis zu gemeinschaftlicher Geschäftsführung [77].

Da die Geschäftsführung das Hauptmittel zur Förderung der Gesellschaftsaufgaben ist, gehört zu der allgemeinen Gesellschaftspflicht als Ausfluß der Mitgliedschaft auch die Verpflichtung der Gesellschafter zur Geschäftsführung. Dieser Verpflichtung kann sich kein Gesellschafter entziehen [78].

Die Regelung der Geschäftsführung nach § 709 BGB. kann vertraglich geändert werden. Sie kann deshalb durch Vereinbarung der Gesellschafter so gestaltet werden, daß sie der gesetzlichen Regelung für das Einlagegeschäft weitgehend ähnelt. Das wäre insbesondere dann der Fall, wenn die Geschäftsführung nur einem Gesellschafter unter Ausschluß der übrigen zusteht, zumal wenn ihm die Geschäftsführung unter Einräumung von so weitgehenden Befugnissen übertragen wird, daß sie es ihm ermöglichen, nahezu als Oberhaupt über die Gesellschaft zu bestimmen.

Aber auch in diesem Falle bleibt der Gesamtheit der Vorrang grundsätzlich gewahrt und die Herrschaft des Gesamtwillens bleibt über der Herrschaft des Hauptes bestehen [79]. Der Geschäftsführer hat seine Befugnisse kraft Übertragung durch die Gesamtheit erlangt. Sein Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern bestimmt sich deshalb nach Auf-

---

75) Vgl. Geiler A. 106, Leonhard Bd. II S. 281.

76) Geiler A. 106.

77) Geiler A. 90 c, 106, Planck zu §§ 709—713, RGRK. § 709 A. 4, Gierke Gen. Th. S. 561.

78) Geiler A. 106 d, Knoke S. 66, Elsoffer S. 83.

79) Gierke Priv. R. Bd. I S. 664, Elsoffer S. 86.

tragsrecht (§ 713 BGB.), soweit nicht besondere gesellschaftsrechtliche Vorschriften anzuwenden sind[80]). Er bleibt immer an die Anweisungen gebunden, die ihm bei der Übertragung der Geschäftsführung erteilt worden sind und darf davon wie der Beauftragte nur abweichen, wenn er den Umständen nach mit der Billigung durch die anderen Gesellschafter rechnen darf (§ 665 BGB.). Er hat den anderen Gesellschaftern über den Stand der Geschäfte auf Verlangen Auskunft zu erteilen und Rechenschaft abzulegen (§ 666), er muß das durch die Geschäftsführung Erlangte herausgeben (§ 667) usw. Alles das zeigt, daß der Geschäftsführer in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Gesamtheit der Gesellschafter steht.

Aber auch diese Vorschriften sind nachgiebig und auch wenn sie vertraglich wegbedungen oder in einer gesetzlichen Regelung eines Rechtsverhältnisses nicht enthalten sind, kann noch eine Gesellschaft vorliegen.

Indessen tritt in diesem Fall die latente Herrschaft des Gesamtwillens aller Gesellschafter in der zwingenden Vorschrift des § 712 BGB. in Erscheinung. Danach kann zwar nicht willkürlich, aber bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die einem Gesellschafter übertragene ausschließliche Geschäftsführungsbefugnis immer durch einstimmigen Beschluß der übrigen Gesellschafter entzogen werden. Besteht die Gesellschaft nur aus zwei Mitgliedern, so steht dieses Recht dem einzigen nicht geschäftsführenden Gesellschafter zu[81]). Die Wirkung der Entziehung ist, daß gemäß § 709 BGB. die gemeinsame Geschäftsführung aller Gesellschafter eintritt.

Die Unverzichtbarkeit auf die Entziehungsbefugnis aus § 712 BGB. läßt erkennen, daß dem Gesellschafter als Mitträger der gemeinschaftlichen Organisation ein Mindestmaß von Einwirkungsmöglichkeiten auf die zur Erfüllung der Gesellschaftsaufgaben dienende Geschäftsführung belassen werden muß. Diese Befugnis stellt die unterste Grenze für die Beschränkung des Einflusses eines Genossen auf die Führung der Geschäfte der Gemeinschaft dar[82]). Wird diese Grenze nicht eingehalten, dann ist der Vertragschließende kein Gesellschafter und das Rechtsverhältnis keine Gesellschaft.

Neben der Entziehungsbefugnis des § 712 BGB. gibt das Gesetz jedem Gesellschafter, auch dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen, gegenüber der Geschäftsführung als weiteres wichtiges und unverzichtbares Recht das Informations- und Kontrollrecht des § 716 BGB., insbesondere des § 716 II. Es ist auch dieses Recht notwendig eine Folge des Wesens der Gesellschaft als einer Gemeinschaft gleichberechtigter Mitglieder. Jedes Mitglied muß die Möglichkeit haben, nach dem Rechten zu sehen und etwaige Mißstände zu beseitigen, dies insbesondere dann, „wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht" (§ 716 II BGB.).

---

80) Geiler A. 121, Knoke S. 67.
81) Geiler A. 117, Staudinger § 712 A. II 3, RG. in JW. 1924 S. 671.
82) Lang S. 28, Wieland Bd. I S. 469 f.

Die Mittel, welche das Gesetz dem Gesellschafter zur Ausübung seines Kontrollrechtes [83]) gibt, gestatten dem Mitglied durchaus, sich ein zutreffendes Bild von der rechtlichen und wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft zu machen. Sollte es zu sachgemäßer Vornahme der Information aus Mangel an Fachkenntnissen nicht in der Lage sein, so kann es einen geeigneten Sachverständigen hinzuziehen [84]).

Dagegen ist der Geschäftsführer hier ebensowenig, wie bei der OHG. [85]) verpflichtet, dem einzelnen Gesellschafter Auskunft zu erteilen und ihm Rechenschaft abzulegen.

Das Informationsrecht kann vertraglich erweitert und eingeschränkt werden, doch ist eine Beschränkung über die Rechte des § 716 I BGB. hinaus auch für den Fall des annehmbar begründeten Verdachtes einer Unredlichkeit nicht mit dem Wesen der Gesellschaft vereinbar (§ 716 II BGB.).

Darin, daß bei der gesetzlich geregelten st.G. die Möglichkeit der Einflußnahme auf die Geschäftsführung für den Einleger nur in noch geringerem Umfange gegeben ist, als sie als Mindestmaß der Mitwirkung bei Erfüllung der Gesellschaftsaufgaben jedem Gesellschafter als Recht und Pflicht zusteht, zeigt sich am deutlichsten der grundlegende Unterschied zwischen dem Einlagegeschäft und der BGB. Gesellschaft.

Grundsätzlich steht die Geschäftsführung des Einlagegeschäfts nur dem Inhaber zu, denn er betreibt sein Handelsgeschäft. Er ist darin nicht ebenso frei, wie ein Einzelkaufmann ohne stillen Beteiligten, denn durch die Beteiligung mit einer Einlage ist der Einleger insoweit daran interessiert, daß es ihm nicht völlig gleichgültig sein kann, welche Maßnahme der Inhaber trifft. So darf dieser nicht den Charakter des Unternehmens völlig umgestalten oder aus dem vertraglichen Rahmen fallende Geschäfte abschließen. Doch kann der Einleger derartige Handlungen des Inhabers nicht verhindern, denn er hat weder mittelbaren noch unmittelbaren Einfluß auf die Geschäftsführung. Insbesondere finden die §§ 709 bis 713 BGB. auf ihn keine Anwendung, es sei denn, daß sie ihm vertraglich eingeräumt sind [86]). Da ihm somit auch die Entziehungsbefugnis des § 712 BGB., „die unterste Grenze für die Beschränkung des Einflusses eines Genossen auf die Führung der Geschäfte einer Gemeinschaft" [87]) nicht zusteht, ist das Einlagegeschäft in seiner gesetzlichen Regelung keine Gesellschaft, da der Einleger kein Gesellschafter ist.

Diese Entziehungsbefugnis kann dem Einleger allerdings vertraglich eingeräumt werden [88]). Dann würde darin ein Moment liegen, das

---

83) § 716 I BGB: Er darf „. . . sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anfertigen".

84) Leonhard Bd. II S. 281, RG. 25/88, 103/73.

85) § 118 HGB. trifft eine ganz ähnliche Regelung wie § 716 BGB.

86) Flechtheim § 335 A. 25.

87) Lang S. 28, Staub § 338 A. 11, Flechtheim § 335 A. 23, 25.

88) Flechtheim § 335 A. 23.

im Einzelfall für die Rechtsnatur des Einlagegeschäftes als Gesellschaft spricht.

Im Gesetz (§ 339 HGB.) ist dem Einleger nur das Recht eingeräumt, bei einer wider Treu und Glauben verstoßenden Geschäftsführung das Rechtsverhältnis zu kündigen. Mit der Abgabe der Kündigungserklärung wird alsdann das Geschäft aufgelöst [89]).

Abweichend von der gesetzlichen Regel kann dem Einleger die Geschäftsführung in mehr oder weniger großem Umfange übertragen und ihm so eine Mitwirkungsmöglichkeit bei Erfüllung der Gesellschaftsaufgaben eingeräumt sein. Das kann einmal in der Weise geschehen, daß der Inhaber dem Einleger Prokura oder Handlungsvollmacht erteilt. Dann liegt aber keine gesellschaftliche Geschäftsführung vor, sondern eine ähnliche Rechtslage, wie wenn die Gesellschafter einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft einen Nichtgesellschafter mit der Geschäftsführung betrauen. Es liegt ein meist von dem Einlagegeschäft unabhängiges Dienstverhältnis zu Grunde, und aus einem solchen Mitwirkungsrecht kann man kaum auf das Vorliegen einer Gesellschaft schließen. Es kann dem Einleger aber auch ein Anteil an der aktiven Geschäftsführung als Gesellschaftsrecht und -pflicht eingeräumt werden. Das wäre rechtlich durch Einbringung seiner Arbeitskraft, also Leistung von Diensten als Einlage, auch neben einer Bar- oder Sacheinlage möglich [90]). Der Einleger kann eine bestimmte Art von Geschäften, z. B. Buchführung, Einkauf usw., übernehmen oder neben dem Inhaber zum Geschäftsführer bestellt sein, ja sogar alleiniger Geschäftsführer sein. Führt der Einleger nach innen die ganze Herrschaft und hat der Inhaber nichts zu sagen, also auch nicht das erwähnte Mindestrecht aus § 712, 716 BGB., dann liegt auch keine Gesellschaft vor, sondern ein Dienstvertrag und der Inhaber ist der Angestellte des Einlegers [91]).

Das dem Einleger in § 338 HGB. eingeräumte äußerst beschränkte Kontrollrecht läßt ebenfalls erkennen, daß er nicht das Mindestmaß der dem Gesellschafter zustehenden Einflußmöglichkeiten auf die Geschäftsführung besitzt. Es ist allerdings zuzugeben, daß eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft ihren Charakter als Gesellschaft nicht dadurch verliert, daß die dem Gesellschafter grundsätzlich nach § 716 I BGB. zustehenden Rechte vertraglich auf den Umfang der Kontrollbefugnis des Einlegers nach § 338 HGB. beschränkt werden. Aber andererseits ist es nicht mit dem Wesen einer Gesellschaft vereinbar, daß der Einleger auch im Fall des begründeten Verdachts einer Unredlichkeit des Geschäftsinhabers nicht die weitergehenden Rechte aus § 716 I BGB. hat, wie sie dem Gesellschafter im § 716 II BGB. als vertraglich unabänderliches Mindestrecht eines Gesellschafters zustehen [92]). Die h. M. billigt ihm diese Rechte zwar zu [93]), aber auf Grund eines Trugschlusses. Sie meint, weil

89) Flechtheim § 339 A. 21.
90) Flechtheim § 335 A. 25, Staub § 335 A. 25, LZ. 1914/406, 3, Abw.: Lastig S. 736.
91) Flechtheim § 335 A. 25, Staub § 335 A. 25, RFH. 2/117.
92) Vgl. Lang S. 27, 64, Saenger S. 111, Elsoffer S. 93 f.
93) Flechtheim § 338 A. 4, Staub § 338 A. 10.

das Einlagegeschäft eine Gesellschaft sei, müsse der Einleger im Falle einer Unredlichkeit des Inhabers auch die Rechte aus § 716 II BGB. haben, übersieht aber, daß gerade erst die gesetzliche Einräumung dieses Mindestrechtes den Beteiligten eines Rechtsverhältnisses zum Gesellschafter und das Rechtsverhältnis zur Gesellschaft stempelt.

Aber auch wenn man über diese Bedenken hinwegsieht, kann die Anwendung von § 716 II BGB. auf das Einlagegeschäft nur zur Folge haben, daß eine vertragliche Beschränkung der dem Einleger nach § 336 HGB. zustehenden Rechte wegfällt, sobald Grund zur Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht[94]). Es besteht aber kein Grund zu der Annahme, daß der Einleger die weitergehenden Rechte aus § 716 I BGB. erlangen könnte, im Gegenteil widerspricht § 338 II HGB. einer derartigen Ansicht ausdrücklich. Das Mindestrecht des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters zur Mitherrschaft, bei Vorliegen eines annehmbar begründeten Verdachts der Unredlichkeit des Geschäftsführers sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anfertigen zu dürfen, kann nach dem Wortlaut des § 338 II HGB. dem Einleger gegenüber dem Geschäftsinhaber auch dann nicht zustehen, wenn man mit der h. M. die Vorschriften über die bürgerliche Gesellschaft auf die st.G. grundsätzlich für aushilfsweise anwendbar hält. Dem Einleger würden dann nur die Befugnisse aus § 338 I zustehen. Diese Rechte bleiben aber unter dem Mindestmaß des einem Gesellschafter zustehenden Nachprüfungsrechtes.

Da auch die Bestimmungen des § 338 HGB. nachgiebigen Rechtes sind, können die Rechte des Einlegers vertraglich erweitert und ihm auch über die Grenzen des § 716 I BGB. hinausgehende Rechte eingeräumt werden[95]). Dann kann das Einlagegeschäft zur Gesellschaft werden.

Die Kontrollrechte können aber auch über das gesetzliche Maß beschränkt werden. Je nach dem, wie das Innenverhältnis sonst ausgestaltet ist, liegt dann ein partiarisches Darlehns-, Miet- oder Dienstverhältnis vor.

§ 8. Vertretung nach außen bei Gesellschaft und Einlagegeschäft.

Der Geschäftsführung im Innenverhältnis entspricht bei der bürgerlichen Gesellschaft nach außen die Vertretung. Das bringt das BGB. mit der Auslegungsregel des § 714 zum Ausdruck, wonach ein Gesellschafter im Zweifel ermächtigt ist, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber in dem Umfange zu vertreten, wie ihm nach dem Gesellschaftsvertrage die Geschäftsführung zusteht. Allerdings muß erkenntlich sein, daß die Vertretung im Namen der Gesellschaft, d. h. aller Gesellschafter erfolgt, da die Gesellschaft als solche nicht rechtsfähig ist. Soweit der Vertrag keine Regelung der Geschäftsführung trifft und nicht für meh-

94) Ähnlich Elsoffer S. 97.
95) Flechtheim § 335 A. 4.

rere oder alle Gesellschafter ein mit Vertretungsmacht ausgestatteter Gesellschafter auftritt, können sich die Gesellschafter nach außen nur in der Weise wirksam betätigen, daß sie selber die erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen abgeben. Auch das entspricht der für das Innenverhältnis im § 709 BGB. gegebenen Regel, wonach die Geschäftsführung den Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht und für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist [96]).

So hängt auch die Vertretungsmacht ebenso wie die Geschäftsführungsbefugnis eng mit der Stellung des einzelnen Mitgliedes in der Gesellschaft zusammen: Soweit die Stellung gleich ist, gilt das auch von der Vertretungsmacht, d. h. die Gesellschaft wird mangels anderweitiger Regelung durch alle Gesellschafter gemeinsam vertreten. Sind einem oder mehreren Gesellschaftern größere Rechte im Innenverhältnis eingeräumt, so tritt das nach außen in der Erweiterung der Vertretungsmacht in Erscheinung. Immer bestimmt sich Inhalt und Umfang der Vertretungsmacht nach der Geschäftsführungsbefugnis, geht also nicht so weit, wie die unbeschränkbare, inhaltlich bestimmte Vertretungsmacht des Gesellschafters der OHG. Die Regelung der §§ 125, 126 HGB. entspricht der stärkeren Geschlossenheit dieser Gesellschaftsform.

Ist die Vertretungsmacht einer dritten Person übertragen, dann finden auf deren Verhältnis zu den Gesellschaftern nicht gesellschaftsrechtliche Normen Anwendung, sondern die über Vollmacht (§§ 164 ff. BGB.). Dasselbe gilt, wenn auf Seiten des vertretungsberechtigten Geschäftsführers der Wille im Namen der Gesellschaft zu handeln, nicht erkennbar hervortritt.

Eine vertragliche Ausdehnung oder Einschränkung der Vertretungsmacht über die Geschäftsführungsbefugnis hinaus ist möglich.

Ebenso, wie die Geschäftsführungsbefugnis, kann auch die auf Gesellschaftsvertrag beruhende Befugnis, die anderen Gesellschafter nach außen zu vertreten, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes entzogen werden und zwar wegen des inneren Zusammenhanges nur in Verbindung mit der Geschäftsführungsbefugnis, wenn sie mit dieser zusammen erteilt worden ist. Ebenso wie das Recht aus § 712 BGB. ist das aus § 715 ein unentziehbares Mindestrecht des Gesellschafters auf Mitherrschaft [97]).

Ganz anders beim Einlagegeschäft. Dort kann man von Vertretung und Vertretungsmacht überhaupt nicht reden, da eine Gemeinschaftsorganisation oder mehrere Gesellschafter, die durch den Inhaber als den zur Geschäftsführung Befugten vertreten werden könnten, im Rechtsleben nicht in Erscheinung treten. Der Inhaber ist für Außenstehende kein Vertreter der st.G., denn der Einleger ist als solcher für sie garnicht vorhanden [98]). Vielmehr handelt der Inhaber des Handelsgeschäftes immer im eigenen Namen. Noch weniger ist infolgedessen der Einleger zur Vertretung berechtigt oder verpflichtet. Naturgemäß fehlt ihm auch die im

96) Im einzelnen Geiler A. 131.
97) Lang S. 27 f.
98) Elsoffer S. 101.

§ 715 BGB. dem Gesellschafter gegebene Möglichkeit, bei der Willensbildung der Gemeinschaft dadurch mitzuwirken, daß er dem Inhaber mit Wirksamkeit gegen Dritte die Möglichkeit nimmt, unter eigenem Namen für Rechnung der an dem Einlagegeschäft Beteiligten zu handeln [99]). Hat der Einleger in Verbindung mit einer ihm übertragenen Geschäftsführung Handlungsvollmacht erhalten, dann vertritt er nur den Inhaber und tritt nicht als Gesellschafter mit Dritten in Rechtsbeziehungen [100]).

Was von der Vertretung bei Gesellschaft und Einlagegeschäft im Allgemeinen gesagt ist, gilt insbesondere auch von der Vertretung vor Gericht und überhaupt im Rechtsstreit.

Da es der bürgerlichen Gesellschaft im Gegensatz zur Handelsgesellschaft an Parteifähigkeit fehlt, sind im Prozeß stets sämtliche Gesellschafter Partei, dies auch dann, wenn einzelne Geselschafter unter Ausschluß der übrigen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht haben. Allerdings wird davon in der Regel auch die Prozeßvollmacht umfaßt, doch treten die geschäftsführenden Gesellschafter dann für sich selbst als Partei und für die anderen Gesellschafter, die als Kläger oder Beklagte mitbenannt sein müssen, als Prozeßbevollmächtigte auf [101]). Die nicht tätigen Gesellschafter können zwar als Partei gemäß §§ 445 ff. ZPO. jedoch nicht als Zeugen oder Sachverständige vernommen werden [102]). Werden die Gesellschafter als solche auf Bewirkung einer Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen in Anspruch genommen, so sind sie im Prozeß notwendige Streitgenossen. Auch das ist ein Zeichen für das enge personenrechtliche Band, welches die Gesellschafter untereinander verbindet und einen jeden an dem Schicksal des anderen rechtlich engen Anteil nehmen läßt, auch wenn sich seine Mitwirkung in der Beitragsleistung erschöpft.

Ebenso wie alle Gesellschafter verklagt werden müssen, kann auch nur dann in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden, wenn ein einheitliches Urteil gegen alle Gesellschafter oder mehrere Urteile gegen die einzelnen Gesellschafter erwirkt sind, sofern nur gegen jeden Gesellschafter wegen der Gesellschaftsschuld ein vollstreckbarer Titel vorliegt [103]).

Beim Einlagegeschäft kann nur der Inhaber klagen oder verklagt werden. Da dessen Handelsgewerbe im Grunde genommen für den Einleger ein fremdes Unternehmen ist, sind auch dessen Prozesse rechtlich fremde für ihn. Der Einleger kann daher als Zeuge vernommen werden, das Urteil wirkt nur für und gegen den Inhaber und zur Zwangsvollstreckung genügt ein Titel allein gegen ihn. Allerdings wird von Vollstreckungsmaßnahmen die in das Vermögen des Inhabers übergegangene Einlage mitergriffen. Während sich im Prozeß der Gesellschaft die Zusammengehörigkeit der Gesellschafter gegen Angriffe von außen und das Einstehenmüssen für einander deutlich zeigt, ist bei dem Einlagegeschäft von einer derartigen Verbundenheit nichts zu verspüren.

---

99) Lang S. 27, Flechtheim § 335 A. 34.
100) Elsoffer S. 101, 103, Flechtheim § 335 A. 34.
101) Geiler A. 142, Stein-Jonas § 80 A. IV 1.
102) Stein-Jonas § 50 A. III 1.
103) Geiler A. 142, 150 RG. 68/223.

§ 9. Mitwirkung des Gesellschafters und Einlegers bei Auflösung des Rechtsverhältnisses.

Wie während des Bestehens zeigt auch im Auflösungsverfahren das Einlagegeschäft ein der bürgerlichen Gesellschaft fremdes Gesicht.

Bei der Gesellschaft sind zwei Stadien zu unterscheiden, die ihr Ende herbeiführen, nämlich die Auflösung und die Vollbeendigung [104]). Das Gesetz drückt das ungeschickt so aus, daß nach Auflösung der Gesellschaft für die Beendigung der schwebenden Geschäfte usw., die Gesellschaft als fortbestehend gilt. Was hiernach eine Fiktion zu sein scheint, ist aber ein tatsächliches Weiterleben in dem Umfange, wie es zur Abwicklung der sellschaft erforderlich ist [105]). Der Charakter der Gesellschaft als Gemeinschaftsorganisation zeigt sich sowohl in den Auflösungsursachen, d. h. dem Eintritt der Tatsachen, welche das Aufhören der gegenseitigen Verpflichtung auf Förderung der Gesellschaftsaufgaben, die Lösung des personenrechtlichen Bandes unter den Gesellschaftern bewirken, als auch in den Wirkungen, die der Abbau der Gemeinschaftsorganisation, die Auseinandersetzung herbeiführt.

Das Gesetz führt nicht alle Gründe an, welche die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen können, sondern behandelt nur die der Gesellschaft eigentümlichen. Die Auflösungsgründe können äußeren Ursachen entspringen, wie Tod, Konkurs, Kündigung durch Gläubiger, Erfüllung der Aufgaben, Beerbung oder dem Willen der Gesellschafter, wie Zeitablauf, Kündigung durch Gesellschafter, Auflösungsbeschluß, auflösende Bedingung.

Nach § 727 BGB. ist der Tod eines Gesellschafters regelmäßig Auflösungsgrund. Das entspricht der Gemeinschaftsstruktur der bürgerlichen Gesellschaft, für die die Persönlichkeit der Gesellschafter bei Vertragsabschluß bestimmend und jeder Gesellschafter von gleicher Wichtigkeit ist, sodaß durch Wegfall eines Mitgliedes das persönliche Band zerstört wird. Natürlich kann im Einzelfall durch Vertrag die Gesellschaft mehr unpersönlich gestaltet sein und dementsprechend ist auch eine von der Norm des § 727 BGB. abweichende Vereinbarung des Inhalts möglich, daß die Gesellschaft unter den übrigen Mitgliedern fortbestehen (§ 736 BGB.) oder auch der Erbe des Verstorbenen an dessen Stelle treten soll.

Wie der körperliche, wirkt der wirtschaftliche Tod, der Konkurs eines Gesellschafters. (§ 728 BGB.). Jedoch ist auch die Bestimmung des § 728 BGB. nur insoweit zwingend, als der Gemeinschuldner nicht mehr Gesellschafter sein kann. Eine Fortsetzung unter den übrigen Gesellschaftern nach Ausscheiden des Gemeinschuldners ist gemäß § 736 BGB durchaus möglich.

Ein Dritter kann die Gemeinschaftsorganisation dadurch zerstören, daß er als Gläubiger eines Gesellschafters nach Pfändung dessen Anteils am Gesellschaftsvermögen (§ 859 ZPO.) die Gesellschaft kündigt. (§ 725 BGB.). Auch hier muß man den Mitgesellschaftern die Mög-

---

104) Geiler A. 180.
105) Vgl. hierzu Leonhard Bd. II S. 290 f.

lichkeit zubilligen, nach Ausscheiden des Schuldners die Gesellschaft untereinander fortzusetzen. Auch ist die Vereinbarung einer derartigen Bestimmung schon im Gesellschaftsvertrag möglich, denn der Gläubiger hat kein Interesse die Gesellschaft zu zertrümmern, sondern nur an Auszahlung der Einlage seines Schuldners [106]).

Kraft Gesetzes wird die Gesellschaft auch dann aufgelöst, wenn die Gesellschaftsaufgaben erfüllt sind oder ihre Erfüllung unmöglich geworden ist. Weil sich die Gesellschafter zur Erfüllung einer gemeinschaftlichen Aufgabe zusammengeschlossen haben, entfällt die Grundlage der Gesellschaft, wenn diese Aufgabe erfüllt oder unerfüllbar geworden ist [107]).

Aus dem Wesen der Gesellschaft als Personalverband ergibt sich als zwingender Auflösungsgrund die Vereinigung sämtlicher Gesellschaftsanteile in einer Hand. Die Gesellschaft ist immer auf das Zusammenwirken mehrerer Personen zur Erfüllung der Gesellschaftsaufgaben abgestellt. Deshalb ist hier eine Einmanngesellschaft, wie sie bei der Kapitalgesellschaft allgemein, wenn auch nicht widerspruchslos, angenommen wird, eine begriffliche Unmöglichkeit [108]). Eine solche Vereinigung der Anteile in einer Hand kann z. B. durch Beerbung eines Gesellschafters durch den anderen oder Abschluß eines Ehevertrages mit allgemeiner Gütergemeinschaft zwischen zwei Gesellschaftern eintreten.

Die Gesellschafter können die Auflösung herbeiführen, indem im Gesellschaftsvertrag die Dauer des Zusammenschlusses auf eine bestimmte Zeit begrenzt wird oder indem sie die Auflösung durch Beschluß herbeiführen [109]).

Schließlich hat der einzelne Gesellschafter das Recht, die Auflösung durch eine einseitige Erklärung, nämlich Kündigung herbeizuführen. (§ 723 f. BGB.). Wie die Kündigung im Einzelnen gestaltet ist, unterliegt der Parteivereinbarung. Die gesetzliche Regel ist, daß jeder Gesellschafter die Gesellschaft jederzeit kündigen kann, jedoch darf es nicht zur Unzeit geschehen. Es soll damit eine Verletzung der gemeinsamen Interessen der Gesellschafter vermieden werden. Eine solche Kündigung ist zwar auch wirksam, verpflichtet aber den Kündigenden zu Schadensersatz.

Dagegen führen beim Einlagegeschäft die vorgenannten Gründe die Auflösung nicht ohne weiteres herbei. Entsprechend der ungleichartigen Stellung des Inhabers und des Einlegers ist ihre Wirkung verschieden, je nachdem sie in der Person des einen oder anderen eintreten.

Ist der Geschäftsinhaber Einzelkaufmann, so nimmt die h. M. entsprechend ihrer Anschauung von der Gesellschaftsnatur des Einlagegeschäftes ohne weiteres an, daß durch seinen Tod das Einlagegeschäft aufgelöst werde [110]). Von der hier vertretenen Ansicht aus greift die Begründung der h. M. nicht in allen Fällen durch. Man kann ihr ohne weiteres beistimmen für den Fall, daß das Einlagegeschäft vertraglich eine der bürgerlichen Gesellschaft angeglichene Ausgestaltung erfahren

106) Vgl. Geiler A. 112.
107) Vgl. Leonhard Bd. II S. 273, Geiler A. 220 ff.
108) Geiler A. 189, 218 f.
109) Geiler A. 224, 229 f.
110) Flechtheim § 339 A. 8, Staub § 339 A. 2 Saenger S. 129 f.

hat. Wollte der Einleger jedoch lediglich sein Geld in einer angesehenen Firma anlegen und kam es ihm weniger auf die Person des Inhabers an, so ist die Möglichkeit der Kapitalsanlage in gleicher Weise gegeben, wenn der Erbe das Handelsgewerbe in gleichem Umfange weiterführt. Es ist auch nicht notwendig, die Auflösung des Einlagegeschäftes bei dem Tode des Inhabers aus einem argumentum e contrario aus § 339 II zu schließen [111]. Die h. M. kommt zu einem ähnlichen Ergebnis, wie dem hier vertretenen, indem sie darauf baut, daß der Vertrag auch einen von der Regel des § 727 I BGB. abweichenden Inhalt haben und die Fortsetzung des Einlagegeschäftes mit dem Erben des Inhabers bestimmen könne. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, so wird sie sich häufig „aus dem Zusammenhang des Vertrages von selber ergeben" [112]. In vielen Fällen wird eine solche Auslegung jedoch nicht möglich sein, weil ein darauf deutender Parteiwille in dem Vertrag nicht genügend deutlichen Ausdruck gefunden hat. Deshalb ist es richtiger, ein Gebilde, das keine Gesellschaft ist, in seiner wahren Natur zu erkennen und in jeder Beziehung daraus die Folgerungen zu ziehen.

Durch den Tod des Einlegers wird die st.G. nach § 339 II HGB. nicht aufgelöst, ein Zeichen für das kapitalistische Wesen der st.G., hinter welches das persönliche völlig zurücktritt. Eine abweichende Vereinbarung ist zulässig und wird häufig dann getroffen sein, wenn dem Einleger eine einflußreichere Stellung, als im Gesetz vorgesehen, eingeräumt ist. Naturgemäß wird das häufig bei einer gesellschaftlichen Ausgestaltung des Einlagegeschäftes der Fall sein.

Daß das Einlagegeschäft durch den Konkurs über das Vermögen des Inhabers aufgelöst wird, kann nicht bezweifelt werden. Ein geordneter Betrieb des Handelsgewerbes ist nicht mehr möglich. Das geht auch aus § 341 HGB. hervor, der sich mit der Auseinandersetzung der st.G. im Falle des Konkurses des Geschäftsinhabers befaßt [113].

Fast unwidersprochen wird im Schrifttum die Meinung vertreten, daß auch durch den Konkurs des Einlegers das Einlagegeschäft aufgelöst werde, offenbar weil man den Einleger für einen Gesellschafter hält [114]. Auch hierzu ist wieder zu sagen, daß das Gesetz für die im HGB. geregelte Regelform des Einlagegeschäftes eine solche Rechtsfolge nicht vorschreibt. Im übrigen kommt es auf den Vertrag an und nur, wenn sich aus dessen Inhalt notwendig die hilfsweise Anwendbarkeit gesellschaftlicher Normen ergibt, ist für die Anwendung des § 728 BGB. Raum. Hat dagegen der Einleger eine mehr dem Darlehnsgläubiger ähnliche Stellung, dann hat der Konkursverwalter nur das Recht, die Einlage unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglich ausbedunge-

---

111) Vgl. Marcus in Holdh. Mschr. 20 S. 258.
112) Flechtheim § 339 A. 11.
113) Flechtheim § 339 A. 12, § 341 A. 1, Staub § 339 A. 6.
114) Flechtheim § 339 A. 12, Staub § 339 A. 6, Saenger S. 11, Lang S. 55, der diese Folge jedoch vom gesetzgeberischen Standpunkt aus bedauert, da der plötzliche Entzug der dem Inhaber vom Einleger beigesteuerten Mittel sich äußerst geschäftsschädigend auswirken könne. Abweichend Lübbert S. 517.

nen Frist zu kündigen und so das Vertragsverhältnis zu lösen[115]). Im übrigen bleibt das Rechtsverhältnis bestehen.

Eine Auflösung des Einlagegeschäftes durch Kündigung seitens eines Gläubigers des Inhabers ist nicht möglich. Es besteht auch kein rechtliches Interesse daran, da der Zugriff auf dessen Vermögen durch Eingehung eines Einlagegeschäftes nicht beeinträchtigt wird. Die Gläubiger können sogar auf die häufig erhebliche Einlage zu ihrer Befriedigung greifen, die ja in das Vermögen des Inhabers übergegangen ist.

Der Gläubiger des Einlegers kann nach §§ 339 I, 135 HGB. die st.G. durch Kündigung zur Auflösung bringen. Wenn hier, abweichend von der sonstigen schuldrechtlichen Gestaltung, der Gläubiger des Einlegers seine Befriedigung nicht lediglich durch Pfändung der Einlage suchen kann, sondern eine Kündigung wie bei der OHG. mit den Fristen aus § 135 HGB. erforderlich ist, so ist das darin begründet, daß dem Inhaber nicht plötzlich ein erheblicher Teil seines Betriebskapitals entzogen werden soll. Daß hier einmal ausdrücklich handelsgesellschaftliche und für die Kündigung aus wichtigem Grund bürgerlich-gesellschaftliche Normen für anwendbar erklärt werden, kann man als Beweisgrund dafür verwenden, daß sonst Gesellschaftsrecht nicht ohne weiteres aushilfsweise anwendbar ist. Im übrigen ist der rechtspolitische Grund des § 339 I HGB. bei einem Einlagegeschäft im Gewande eines partiarischen Darlehens ebenfalls gegeben. Vertragliche Vereinbarung der Fortführung des Einlagegeschäftes trotz Kündigung ist nicht möglich, da das Einlagegeschäft nur aus zwei Parteien besteht. Es kommt nur der Abschluß eines neuen Vertrages in Betracht.

Auch durch gegenseitige Beerbung wird das Einlagegeschäft aufgelöst, allerdings nicht aus gesellschaftsrechtlichen Gründen wegen Vereinigung der Anteile in einer Hand, sondern durch Vereinigung von Schuld und Forderung (Konfusion).

Unerfüllbarkeit von Gesellschaftsaufgaben kann kein Auflösungsgrund sein, da die st.G. keine gemeinschaftlichen Aufgaben wie die BGB. Gesellschaft verfolgt[116]). Anders nur, wenn das Einlagegeschäft vertraglich zur Gesellschaft ausgestaltet ist.

Schließlich kann jeder Partner des Einlagegeschäftes das Rechtsverhältnis kündigen. Für die ordentliche Kündigung ist mangels vertraglicher Vereinbarung die handelsgesellschaftliche Vorschrift des § 132 HGB. hilfsweise anzuwenden (§ 339 HGB.). So wird eine mit einer fristlosen (§ 723 BGB.) oder kurzfristigen Kündigung im Geschäftsjahr (etwa nach § 609 BGB.) leicht verbundene Geschäftsschädigung vermieden.

Dagegen besteht keine Veranlassung zu einer derartigen Rücksichtnahme, wenn ein Partner einen wichtigen Kündigungsgrund gegeben hat. Für diesen Fall ist deshalb der § 723 BGB. nach § 339 HGB. anzuwenden.

---

115) Jaeger KO. § 21 A. 8.

116) Vgl. oben S. 12 f., Lang S. 55. Abw. die H. M.: Flechtheim § 339 A. 16, Staub § 339 A. 8.

Nach der Auflösung oder richtiger dem „Inauflösungtreten“ [117]) findet die Auseinandersetzung statt. Auch das gehört noch mit zur Erfüllung der Gesellschaftsaufgaben und die Gesellschaft besteht zu diesem Zwecke weiter [118]). Die Liquidation ist ein charakteristisches Merkmal der Gesellschaft und die Vereinbarung eines ähnlichen Auseinandersetzungsverfahrens für das Einlagegeschäft hat man als Merkmal für seine Gesellschaftsnatur im Einzelfall herbeigezogen [119]).

Die Auseinandersetzung ist der letzte Abschnitt im Leben der Gesellschaft. Der Zusammenschluß unter den Gesellschaftern wird durch die Auflösung beseitigt, doch nicht mit einem Schlage, sondern allmählich durch eine Reihe von Rechtsakten. Bis zum Erlöschen „gilt“ die Gesellschaft nicht nur als fortbestehend, sondern ist es in Wahrheit noch [120]). Es hören aber alle Verpflichtungen der Gesellschafter auf, die der Förderung der bisherigen Gesellschaftsaufgaben dienten.

Die gesamthänderische Gebundenheit am Gesellschaftsvermögen bleibt, bis im Wege der Auseinandersetzung jedem Gesellschafter sein Anteil am Gesellschaftsvermögen zugewiesen ist.

Nach Feststellung des Umfanges des Gemeinschaftsgutes und Aussonderung der fremden Vermögensbestandteile, zu denen auch die Gegenstände gehören, die ein Gesellschafter der Gesellschaft nur zur Benutzung überlassen hat, — § 732 S. 1 BGB. — erfolgt die Zahlung der Gesellschaftsschulden (§ 733 I BGB.), dann sind die Einlagen zurückzuerstatten (§ 733 II BGB.). Dazu und zur Berichtigung der Schulden ist das Gesellschaftsvermögen, soweit erforderlich, in Geld umzusetzen (§ 733 III BGB.). Hieran schließt sich die Gewinnverteilung, sofern noch ein Überschuß vorhanden ist (§ 734 BGB.). Liegt ein Verlust vor, so haben alle Gesellschafter dafür aufzukommen und zwar mangels einer anderen Vereinbarung im Verhältnis ihrer Beteiligung am Verlust (§ 735 BGB.). Erst nach Beendigung der Auseinandersetzung ist die Gesellschaft wirklich erloschen. Es ist also ein Verfahren dazu erforderlich, welches allmählich durch gemeinschaftliche Tätigkeit der Gesellschafter die enge Verbundenheit löst, die bisher zwischen den Gesellschaftern bestanden hat.

Die Auseinandersetzung beim Einlagegeschäft ist nicht, wie bei der Gesellschaft, eine Abwicklung durch gemeinschaftliche Tätigkeit der Gesellschafter. Der Geschäftsinhaber hat vielmehr allein das Guthaben des Einlegers zurückzuerstatten (§ 340 I HGB.). Da es an einem verteilbaren Gesellschaftsvermögen fehlt, auch keine Gesellschaftsschulden vorhanden sind, unterscheidet sich beim Einlagegeschäft die Auseinandersetzung grundlegend von der bei der BGB.-Gesellschaft [121]). Das Geschäft bleibt erhalten und der Einleger hat lediglich schuldrechtliche Ansprüche gegen den Inhaber. Wenn dieses Verfahren auch äußerlich dem bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters (§§ 738 ff. BGB.) oder Teilhabers der OHG. (§§ 138, 142 HGB.) ähnelt, so ist doch eine grundsätzliche

117) Geiler A. 180.
118) Leonhard Bd. II S. 290 f., Wieland Bd. I S. 679 Geiler A. 180.
119) Lang S. 29.
120) Geiler A. 246, Leonhard Bd. II S. 291.
121) Flechtheim § 340 A. 1.

Verschiedenheit vorhanden. Sie folgt daraus, daß der ausscheidende Gesellschafter Mitinhaber des Geschäfts, Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens, Mitschuldner der Gesellschaftsverbindlichkeiten war, während der Einleger niemals Anteil am Geschäft gehabt hat. Deshalb ist grundsätzlich auch keine entsprechende Anwendung der §§ 738—740 BGB. möglich [122]), es sei denn, daß das Einlagegeschäft vertraglich wie eine Gesellschaft ausgestaltet worden ist [123]).

An den schwebenden Geschäften bleibt der Einleger wie ein ausscheidender Gesellschafter beteiligt und ist genau so gestellt wie dieser (§§ 340 II, III HGB., 740 BGB.).

Im Falle des Konkurses eines Gesellschafters findet die Auseinandersetzung zwischen dem Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners und den übrigen Gesellschaftern statt und zwar außerhalb des Konkursverfahrens (§ 16 I KO.). Bei der bürgerlichen Gesellschaft ist die Geschlossenheit nicht so stark, daß ebenso wie bei der OHG. [124]), KG. [125]) oder beim nicht rechtsfähigen Verein [126]) ein selbständiger Gesellschaftskonkurs möglich wäre [127]). Im übrigen vollzieht sich die Auseinandersetzung genau so, wie sonst nach der Auflösung der Gesellschaft oder dem Ausscheiden eines Gesellschafters.

Nach Auflösung des Einlagegeschäftes durch Konkurs des Inhabers hat eine Auseinandersetzung mit dem Einleger nach § 341 HGB. zu erfolgen. Aus der schuldrechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses zieht das Gesetz die Folgerung, daß der Einleger wegen seiner Einlage, soweit sie den von ihm zu tragenden Verlustanteil übersteigt, lediglich eine Konkursforderung hat. Er steht zu dem Unternehmen so, wie ein sonstiger Gläubiger. Das hat zur Folge, daß er zwar wegen seiner eingezahlten Einlage nur eine Konkursforderung hat, die rückständige Einlage aber nur bis zur Höhe seiner Verlustbeteiligung zu leisten braucht. Seine Rechtslage ist in diesem Fall bedeutend günstiger, als wenn er schon seine ganze Einlage geleistet hat, da er nun zur Einzahlung nicht mehr verpflichtet ist und mit seinem Rückzahlungsanspruch also auch nicht der Konkursdividende unterliegt [128]). Es zeigt sich hier die Verwandtschaft der Einlage mit dem Darlehen, denn auch der Darlehnsversprecher ist zur Einhaltung seines Versprechens nicht verpflichtet, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eingetreten ist, (§ 610 BGB.), was bei dessen Konkurs der Fall wäre [129]). § 16 KO. kommt deshalb auch nur dann zur Anwendung, wenn das Einlagegeschäft gesellschaftlichen Charakter trägt, sonst regelt sich die Auseinandersetzung des Rechtsverhältnisses nach Darlehnsrecht [130]).

---

122) Flechtheim § 340 A. 1, abw. Staub § 340 A. 4 ff.
123) Lang S. 44.
124) § 131 Ziff. 3 HGB.
125) §§ 161 II, 131 Ziff. 3 HGB.
126) § 213 KO.
127) Jaeger § 25 A. 8 KO., Geiler A. 212.
128) Flechtheim § 341 A. 5, Staub 341 A. 6, Saenger S. 147.
129) Jaeger KO. § 1 A. 57.
130) Abw. h. M.: Flechtheim § 341 A. 2, Staub § 340 A. 17, Jaeger KO. § 16 A. 5.

Da das Einlagegeschäft durch den Konkurs des Einlegers nicht aufgelöst wird [131]), findet auch keine Auseinandersetzung statt. Der Konkursverwalter hat das Guthaben des Einlegers zur Masse einzuziehen, jedoch kann er nur in dem Umfange darüber verfügen, wie es auch der Einleger gekonnt hätte [132]).

§ 10.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die der Gesellschaft eigentümlichen Merkmale, insbesondere die den Gesellschafter als Träger der Gemeinschaftsorganisation betreffenden, nicht in dem Umfange Bestandteile der st.G. des Gesetzes geworden sind, daß man dieses Rechtsgebilde als eine Unter- oder Abart der bürgerlichen Gesellschaft ansehen könnte. Man hat versucht, sie einem Oberbegriff unterzuordnen, der auch die Gesellschaft m. b. H. und die Aktiengesellschaft umfaßt, die ja auch anerkanntermaßen mit der bürgerlichen Gesellschaft nichts zu tun haben [133]). Doch ist dieser Versuch abwegig, da es sowohl GmbH. und AG., als auch der st.G. an einem „gemeinsamen Zweck", also an einer durch gemeinschaftliches Zusammenwirken zu fördernden Gesellschaftsaufgabe fehlt.

Auch daß die Denkschrift [134]) davon ausging, daß das Gesellschaftsrecht des BGB. zur Ergänzung der handelsrechtlichen Vorschriften über die st.G. dienen solle, kann nicht maßgebend sein. Mit weit größerem Recht kann man aus dem Umstand, daß in den §§ 335 ff. HGB. nicht wie in § 105 II HGB. die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft für anwendbar erklärt worden sind, den Schluß ziehen, daß sie auch nicht hilfsweise anzuwenden sind. Denn eine ausdrückliche derartige Anordnung müßte bei der st.G., die in ihrem gesetzlichen Aufbau stark von der bürgerlichen Gesellschaft abweicht und auch in der Überschrift zum 2. Buch des HGB. von den übrigen Handelsgesellschaften getrennt ist, viel notwendiger erscheinen, als bei der OHG., die schon in ihrem ganzen Aufbau und der Stellung der Gesellschafter ihre nahe Verwandtschaft mit der bürgerlichen Gesellschaft zeigt. Sie unterscheidet sich von ihr nur durch ihre stärkere Geschlossenheit (§ 124 HGB.: Firma, Parteifähigkeit usw.) und strengere Durchführung der gesellschaftlichen Rechtsgrundsätze. Diese Prinzipien sind aber bei der st.G. so weit gelockert und aufgehoben, daß nur ein Beteiligungsgeschäft übrig bleibt, das in seiner gesetzlichen Regelform am nächsten dem Darlehen verwandt ist.

Deshalb ist es gerechtfertigt, die st.G. auch äußerlich in der Benennung von der Gesellschaft zu scheiden. Die Bezeichnung des Rechtsverhältnisses als Einlagegeschäft und des stillen Gesellschafters als Einleger scheint ihrem wahren Wesen eher zu entsprechen, als die irreführ-

---

131) Vgl. oben S. 29.
132) Vgl. oben S. 29 f., Jaeger KO. § 21 A. 8.
133) Staub Diss. S. 34. Die dort angeführte Stelle Dernburg Bürg. R. Bd. II S. 648 (606) läßt nicht erkennen, daß sie sich auch auf die juristischen Personen unter den Gesellschaften beziehen soll.
134) S. 196.

rende Bezeichnung als Gesellschaft und ist deshalb auch sachlich berechtigt[135]).

Dabei soll nicht übersehen werden, daß es auch andere Möglichkeiten der Beteiligung mittels einer Einlage an einem Unternehmen geben kann. So enthält z. B. auch die GmbH. etwas Ähnliches. Doch ist der Ausdruck so lange nicht mißverständlich, als er nur für die st.G. gebraucht wird.

§ 11. Das Einlagegeschäft als Darlehen oder darlehensähnliches Kreditgeschäft.

Von den bekannten Rechtsformen ähnelt das Einlagegeschäft äußerlich am meisten dem Darlehen und es ist auch eine innere Verwandtschaft zwischen diesen Rechtsgebilden nicht zu verkennen.

Zwar weicht das Einlagegeschäft von der regelmäßigen Form des Darlehens gemäß §§ 607 ff. BGB. in nicht unwesentlichen Punkten ab. So ist das Darlehen ein einseitig verpflichtender Vertrag[136]), das Einlagegeschäft ein gegenseitiger. Nicht ausschlaggebend sind die sonst hervorgehobenen Unterschiede, daß nämlich der Darlehnsschuldner frei ist in der Verwendung des ihm gewährten Darlehens, während der Geschäftsinhaber die Einlage in seinem Handelsgewerbe zu verwerten hat, daß dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten ist, während das Guthaben des Einlegers in Geld zu berichtigen ist (§ 340 I HGB.), daß das Darlehen grundsätzlich unentgeltlich ist, während die Beteiligung des Einlegers am Gewinn nicht ausgeschlossen werden kann, daß der Darlehensgeber auf die Geschäftsführung seines Schuldners keinen Einfluß habe, während dem Einleger ein gewisses Kontrollrecht (§ 338 HGB.) zustehe[137]). Denn es steht mit der Natur des Darlehens nicht in Widerspruch, wenn es in den genannten Punkten wie ein Einlagegeschäft abgewandelt wird. Man spricht dann von einem partiarischen Darlehen[138]).

Auch der Darlehensgeber kann sich die Verwendung des Darlehens im Geschäft des Schuldners ausbedingen. Es kann ferner vereinbart werden, daß an Stelle der übergebenen Sache das Guthaben des Gläubigers in Geld zu berichtigen sei[139]). Es ist gerade eine Eigenart des sog. partiarischen Darlehens, daß es immer entgeltlich ist und daß das Entgelt in einem Anteil am Ertrage dessen besteht, wozu er dem Empfänger das Darlehen gegeben hat[140]). Auch ein Kontrollrecht wird sich beim partiarischen Darlehen der Gläubiger ausbedingen und mangels ausdrücklicher Abrede wird man es häufig als stillschweigend vereinbart annehmen müssen[141]). Es ist keinesfalls mit der Annahme eines Dar-

135) Vgl. Leonhard Bd. II S. 295, oben S. 6.
136) Enneccerus-Lehmann § 139 I.
137) Vgl. Elsoffer S. 15—19.
138) Vgl. Crome S. 365 ff., 374.
139) Staudinger § 607 A. II 4, V 1 c.
140) Crome S. 374.
141) Vgl. Crome S. 393 f.

lehens schlechthin unvereinbar[142]) und kann auch über die dem Einleger nach § 338 HGB. eingeräumte Befugnis hinausgehen.

Mit dem Wesen des Darlehens ist allerdings eine anteilige Beteiligung am Geschäftsverlust unvereinbar, die beim Einlagegeschäft der Regelfall ist (§ 336 HGB.). Sofern die Verlustbeteiligung nicht ausdrücklich oder bei Schweigen des Vertrages als den Umständen nach ausgeschlossen anzusehen ist, steht die anteilige Verlustbeteiligung der Annahme des Einlagegeschäftes als Darlehen entgegen. Bei schlechtem Geschäftsgang kann der Darlehensgläubiger seine Forderung zwar tatsächlich verlieren, ein Risiko, das immer mit der spekulativen Natur des partiarischen Darlehens verbunden ist[143]), doch behält er rechtlich seinen Anspruch. Dagegen verliert der Einleger bei einer Unterbilanz seinen Rückzahlungsanspruch gemäß rechtlicher Bestimmung.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß das Einlagegeschäft in seiner gesetzlichen Regelung zwar nicht mit dem partiarischen Darlehen identisch, doch ihm so nahe verwandt ist, daß man in der Regel die Darlehensvorschriften aushilfsweise anwenden muß, jedenfalls vor den gesellschaftsrechtlichen.

Die Fälle, in denen man das Einlagegeschäft als Darlehen oder darlehensähnliches Kreditgeschäft bezeichnen muß, sind im Rechtsleben verhältnismäßig am häufigsten. So hat das Reichsoberhandelsgericht[144]) die darlehensähnliche Natur des Einlagegeschäftes festgestellt und es als Gläubigerverhältnis gekennzeichnet, das jedoch durch gesellschaftliche Zutaten, die die Stellung des Einlegers betreffen (Bilanzprüfungsrecht, Mithaftung) abgewandelt sei.

In neuerer Zeit hat vor allen Dingen der Reichsfinanzhof für den Geltungsbereich gewisser Steuergesetze die Natur des Einlagegeschäftes als darlehensähnliches Kreditgeschäft betont[145]). So lehnt er es ab, daß im Sinn der Tarif-Nr. 1 A c 1 des Reichsstempelgesetzes vom 26. 7. 1918 die stille Gesellschaft als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts anzusehen sei[146]). Er unterscheidet „typische“ und „nichttypische“ st.G. und rechnet zu den typischen Fällen die gesetzlich geregelte Form. Liegt eine engere wirtschaftliche Verknüpfung vor, insbesondere dergestalt, daß auch der Einleger an den Anlagewerten des Geschäftes mitbeteiligt ist, so sieht ihn der RFH. als Mitunternehmer an und behandelt sein Einkommen wie das eines Kommanditisten oder Gesellschafters einer OHG. Die Frage ist steuerrechtlich insofern bedeutsam, als sich je nach der Einordnung entscheidet, ob der Einleger bei Auflösung des Einlagegeschäftes die Einlage oder einen Anteil am Geschäftsvermögen beanspruchen kann[147]).

---

142) Flechtheim § 335 A. 11, LZ. 19/211, 1.
143) Vgl. Crome S. 385.
144) ROHG. 13/63.
145) RFH. 2/114, 3/321 f., 7/162 ff., 18/162 ff., 20/195.
146) RFH. 2/114.
147) RFH. 18/164, 20/196.

Zu den nichttypischen st.G. gehört nach dem Reichsfinanzhof auch das partiarische Darlehen [148]). Doch verkennt er auch nicht die einem Darlehensgläubiger ähnliche Rechtsstellung des Einlegers und kennzeichnet sie dahin: „Der stille Gesellschafter ist nicht Teilhaber an einem gemeinschaftlichen Unternehmen, sondern beteiligt sich an einem fremden Unternehmen nur mit einer Kapitaleinlage und steht zu dem Unternehmen in einem Verhältnis, das wirtschaftlich [149]) dem eines partiarischen Darlehensgläubigers zu seinem Schuldner ähnlicher ist, als dem des Gesellschafters einer der im 6. Buch des HGB. allein als Handelsgesellschaften behandelten OHG., KG. .... Es entspricht daher auch dem Wesen der stillen Gesellschaft, wenn der Gewinnanteil des stillen Gesellschafters steuerlich nicht anders behandelt wird, wie die Zinsen und sonstigen Entschädigungen eines Gläubigers für die darlehensweise Überlassung eines Kapitals" [150]).

Lautet der Vertrag zwischen den Partnern des Einlagegeschäftes dahin, daß die bar eingezahlte Geschäftseinlage vor Ausschüttung eines Gewinnes mit 4% jährlich zu verzinsen sei, so kann man darin die Vereinbarung eines garantierten Mindestgewinnes erblicken.

Die zivilgerichtliche Rechtsprechung dagegen behandelt entsprechend der in der Wissenschaft h. M. die st.G. als Gesellschaft. Daß in Wirklichkeit ein partiarisches Darlehen vorliegt, läßt sich neben dem Mangel an irgendwelchen Geschäftsführungsbefugnissen [151]) häufig an dem Fehlen der Verlustbeteiligung erkennen [152]). Die Vereinbarung einer Verlustbeteiligung, die an sich beim Darlehen nicht möglich ist, kann u. U. in eine selbständige Nebenabrede umgedeutet werden [153]). Aber auch, wenn das nicht geht, ist das Einlagegeschäft nicht ohne weiteres als Gesellschaft anzusehen, sondern hat eine im Gesetz nicht typisierte Form erhalten, was bei der im Schuldrecht geltenden Vertragsfreiheit ohne weiteres möglich ist. Wenn sonst der Darlehensnatur nichts entgegensteht, wird man es als darlehensähnliches Geschäft betrachten können, auf das hilfsweise die Vorschriften über Darlehen anzuwenden sind [154]). Eine Verlustbeteiligung i. S. des Gesetzes liegt nur vor, wenn der Einleger mit seiner Einlage das Geschäftsrisiko mittragen soll und nicht, wenn aus dem Gewinn vor dessen Verteilung zunächst der Verlust vergangener Jahre auszugleichen ist [155]).

Die Einlage wird meist in einem bar zu leistenden Kapitalbeitrag bestehen [156]). Doch ist auch eine Sacheinlage möglich mit der Abrede, daß ihr Gegenwert in Geld zurückzuerstatten sei [157]).

---

148) RFH. 18/165.
149) Nach der hier vertretenen Anschauung auch rechtlich.
150) RFH. 3/321 f., 7/162, 20/195.
151) RG. 57/176, Warn. Rspr. 25/229.
152) Seuff. Arch. 85/210, RG. 92/292, 122/387, 126/387 ff., 130/4 ff.
153) LZ. 17/975.
154) Warn. Rspr. 25/229, RG. 122/201.
155) Vgl. RG. 126/387.
156) LZ. 17/134, 17/974, 18/1051, Seuff. Arch. 66 S. 285, Warn. Rspr. 25/228, RG. 46/112, 92/292, 122/201.
157) OLG. 38/195.

Ein weiteres Merkmal ist die Festsetzung eines Mindest-[158]) oder Höchstgewinnes. Letzteres geschieht in der Form, daß der Einleger bis zu einem bestimmten Prozentsatz seiner Einlage[159]) oder bis zu einer festgesetzten Summe am Reingewinn beteiligt ist[160]) oder die Einlage zu einem festen Satz vor Ausschüttung eines Gewinns zu verzinsen ist.

Die Einräumung von über den Umfang von § 338 HGB. hinausgehenden Kontrollbefugnissen wird zwar häufig für den gesellschaftlichen Charakter des Einlagegeschäfts sprechen, doch ist sie auch dem Darlehensvertrage nicht fremd und sie können nicht entscheidend sein, wenn ein Mindestmaß an Geschäftsführungsbefugnissen fehlt[161]).

Keine Gesellschaft, sondern nur ein Darlehen kann ferner vorliegen, wenn der Einleger nicht verpflichtet ist, bei Lieferungen an den Inhaber das gemeinschaftliche Interesse wahrzunehmen[162]).

Ein Rechtsverhältnis läßt sich also häufig durchaus noch den §§ 335 ff. BGB. unterstellen, ohne eine Gesellschaft zu sein. Wenn man erkannt hat, daß das Einlagegeschäft ein Rechtsgebilde mit durchaus selbständigem Gepräge ist, erübrigen sich auch die Bemühungen der h. M., eine Grenze zwischen stiller Gesellschaft und Darlehen zu ziehen, die nicht nur die größten Schwierigkeiten machen[163]), sondern sogar zur Erfolglosigkeit verurteilt sein müssen, weil es eine solche bestimmte Grenze nicht gibt.

§ 12. Das Einlagegeschäft als Dienstverhältnis mit dem Inhaber als Dienstberechtigtem.

Wenn die Vermögenseinlage vereinbarungsgemäß in der Leistung von Diensten besteht, so bereitet der h. M. im Einzelfall die Unterscheidung von Einlagegeschäft und Dienstvertrag häufig Schwierigkeiten[164]). Doch sind diese Schwierigkeiten nicht vorhanden, wenn man ohne Belastung mit dem Vorurteil, daß das Einlagegeschäft eine Gesellschaft sei, die §§ 335 ff. HGB. einer Prüfung unterzieht. Dann zeigt sich nämlich, daß auch der partiarische Dienstvertrag nicht mit den sich aus §§ 335 ff. HGB. ergebenden Begriffsmerkmalen des Einlagegeschäftes in Widerspruch steht und daß die Rechtsstellung des sogenannten commis intéressé keineswegs von der des Einlegers wesensverschieden ist.

Man will hier als maßgebend ansehen, ob der Gewinnberechtigte sich in einer abhängigen Stellung befindet und den Weisungen des Ge-

---

158) Seuff. Arch. 85/210, JW. 12/463, Recht 09 Nr. 1839, Warn. Rspr. 25/228, RG. 46/112, 57/175, 92/292.

159) Seuff. Arch. 85/210, LZ. 19/211, 1, 17/974, JW. 12/403, RG. 57/175, 92/292.

160) RG. 122/387, 130/4.

161) Vgl. oben S. 48 ff., RG. in JW. 12/463 = Recht 12 Nr. 1542, Warn. Rspr. 25/228 f., Seuff. Arch. 66/286, LZ. 19/211, 1, 17/134. Hier müßte man umgekehrt wie das Reichsgericht aus dem Fehlen einer Vereinbarung über die Verlustbeteiligung auf die Darlehensnatur des Einlagegeschäftes schließen. Vgl. S. 80 f.

162) RG. in LZ. 18/1051.

163) Vgl. Flechtheim § 335 A. 11 u. a.

164) Vgl. Flechtheim § 335 A. 10.

schäftsherrn zu folgen hat, ob ferner der Dienstleistende als Entgelt für seine Dienste nur am Gewinn beteiligt ist oder neben der Tantieme noch ein festes Gehalt bezieht und schließlich, ob der Beteiligte ein gewisses Mindestmaß an Kontrollbefugnissen hat [165]. Dagegen ist nichts einzuwenden, wenn es gilt festzustellen, ob im Einzelfall der Einleger Angestellter oder Gesellschafter ist, ob ein Dienstvertrag oder Gesellschaftsverhältnis vorliegt.

Wenn man es überhaupt für zulässig hält, daß auch Dienste als Vermögenseinlage i. S. von § 335 HGB. geleistet werden können [166], so steht nichts im Wege, dem Einlagegeschäft durch Abänderung der nachgiebigen Bestimmungen über die st.G. das Gesicht eines partiarischen Dienstverhältnisses zu geben. Die wesentlichsten Merkmale der st.G.[167] werden dadurch nicht berührt.

Hauptmerkmal für die Natur des Einlagegeschäftes als Dienstvertrag mit dem Einleger als Dienstverpflichtetem ist also die Vereinbarung von Dienstleistungen als Vermögenseinlage. Das kann so geschehen, daß sich der Einleger verpflichtet, „der Firma seine gesamte Tätigkeit zu widmen und deren Interessen zu wahren wie die eigenen" [168] oder sonst in Geld abschätzbare Dienste als Einlage nach und nach zu leisten [169]. Auch kann die Einlage teils in Geld, teils in technischen Diensten bestehen [170]. Dann haben wir es mit einem gemischten Dienst- und Darlehensvertrag zu tun, der auch rechtlich entsprechend zu behandeln ist.

Zuweilen erhält der Einleger ein festes Gehalt als Vergütung für seine Tätigkeit, so z. B. als Geschäftsführer einer GmbH. Es ist das eine Form des gewährleisteten Mindestgewinnes [171].

Als Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem reinen Dienstvertrag kann man noch eine engere Interessenverknüpfung, als dort üblich, heranziehen, ferner die Berechtigung des Einlegers, in gewissem Umfange selbständig für das Unternehmen zu wirken und vor allen Dingen den Umfang der Gewinnbeteiligung[172].

Es ist auch hier eine Verlustbeteiligung mit der Einlage möglich. Wenn bei der Auseinandersetzung kein Überschuß vorhanden ist, so hat der Einleger auch keinen Anspruch auf Vergütung für seine Dienste, der dem Anspruch auf Rückzahlung der Einlage gemäß § 340 HGB. entsprechen würde, es sei denn, daß eine Vergütung ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist. In einer solchen Vereinbarung wird man einen Ausschluß der Verlustbeteiligung erblicken müssen [173], der allerdings die Regel bildet.

---

165) Vgl. Flechtheim § 335 A. 10, Wieland Bd. I S. 467 ff., Crome S. 220 ff.
166) Vgl. S. 32 f.
167) S. 8.
168) RG. 105/316.
169) RG. im Recht 29/16, RG. 142/21.
170) RG. in JW. 29/2169, 8.
171) RG. in JW. 30/2739, RG. 105/316, 142/14.
172) JW. 30/2739, RG. 105/314, 142/14.
173) Crome S. 206, Lehmann Diss. S. 51, Vgl. auch Flechtheim § 336 A. 5.

Die Regelung der Kündigung kann vertraglich dahin abgeändert sein, daß dem Einleger wie einem abhängigen Angestellten gekündigt werden kann [174].

§ 13. Das Einlagegeschäft als Dienstverhältnis mit dem Einleger als Dienstberechtigtem.

Unter dem Einlagegeschäft kann sich auch ein Dienstverhältnis der Art verbergen, daß der Geschäftsinhaber dem Einleger gegenüber die Stellung eines bloßen Angestellten hat. Dann führt vertragsmäßig der Einleger nach innen die ganze Herrschaft und der Inhaber hat nichts zu sagen [175]. Auch dann sind die Begriffsmerkmale der st.G. des Gesetzes gewahrt, sofern nach außen jemand ein Handelsgewerbe unter seinem Namen betreibt und in dieses Geschäft ein anderer eine Vermögenseinlage geleistet hat. Lübbert [176] sieht sogar diesen Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung entsprechend seiner geschichtlichen Entwicklung des Einlagegeschäftes aus der Kommenda als die Regelform an. Daß auch diese Auffassung zu einseitig ist, ergibt sich aus den vorangegangenen Ausführungen.

Auch die h. M. [177] nimmt an, daß dann, wenn der Inhaber allen Anweisungen des Einlegers zu folgen habe, ein Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung vorliege. Doch von ihrer Grundauffassung ausgehend, daß das Einlagegeschäft eine Gesellschaft sei, lehnt sie die Unterordnung eines derartigen Rechtsverhältnisses unter die Regeln der stillen Gesellschaft ab.

v. Gierke [178] hält das Vorschieben eines Strohmannes, der nur äußerlich das Geschäft betreibt, für ein Scheingeschäft und deshalb für nichtig. Doch wird man mit Lang (S. 68) sagen müssen, daß das Einlagegeschäft eine vom Gesetz zugelassene verdeckte Beteiligung ist. Außenstehende geht das Innenverhältnis nichts an. Für sie ist nur wesentlich, daß der, welcher nach außen als Inhaber auftritt, auch rechtlich dafür einzustehen hat. Das ist aber auch bei dieser Form des Einlagegeschäftes der Fall. Anders ist es nur, wenn der Tatbestand der Gläubigergefährdung geschaffen wird, etwa dadurch, daß ein Kreditgeber sich vom Inhaber so hat sichern lassen, daß dieser nur nach außen als Geschäftsinhaber erscheint in Wirklichkeit aber nur abhängiger Verwalter des Gläubigers ist und zwar so, daß der ganze Geschäftsgewinn dem Sicherungsnehmer zufällt, ohne daß er das Risiko mitträgt [179].

Nach der hier vertretenen Auffassung liegt ein abgewandeltes Einlagegeschäft vor, auf das nach den §§ 335 ff. HGB. die Regeln über den

---

174) RG. 142/14.
175) Flechtheim Vor § 335 A. 1, § 335 A. 10, Lang S. 66 ff., RFH. 2/117.
176) a.a.O. S. 503 ff.
177) Vgl. Flechtheim § 335 A. 10, 25, Saenger S. 85.
178) Handelsrecht S. 44.
179) Vgl. RG. 136/253, JW. 07/111.

Dienstvertrag anzuwenden sind, nur mit dem Unterschied gegenüber der oben (S. 37 f.) geschilderten Möglichkeit, daß die Rollen des Dienstberechtigten und -verpflichteten vertauscht sind [180]).

Die dem Einleger nach § 338 HGB. zustehenden Kontrollrechte werden vertraglich erweitert. Der Inhaber des Handelsgewerbes nach außen hat sich im Innenverhältnis den Anordnungen des Einlegers zu fügen und in kurzen Zwischenräumen, zuweilen täglich, Geschäfts- und Kassenberichte zu erstatten [181]).

Das Geschäftsrisiko trägt der Einleger [182]), doch kommt auch eine Verlustbeteiligung des Inhabers vor [183]). Die Einlage kann eine Sachleistung in Form eines Geschäftshauses oder von Patenten sein, daneben natürlich auch eine Bareinlage [184]).

Der nach außen als Geschäftsinhaber Auftretende erhält von dem Einleger als Handlungsgehilfe oder Geschäftsführer ein festes Gehalt und Gewinnanteil, diesen auch in Form einer Verkaufsprovision [185]).

Für den Fall der Auflösung des Rechtsverhältnisses, der wie die Kündigung eines Angestellten geregelt ist, wird ein Wettbewerbsverbot vereinbart, wie es nach § 74 HGB. bei einem Handlungsgehilfen üblich ist [186]).

Dem Einleger wird sogar die Befugnis eingeräumt, unter gewissen Umständen das Geschäft zu veräußern [187]).

Es kann aber auch der angestellte Inhaber mit einem Kapitalbeitrag an dem Geschäft interessiert sein, wenngleich er regelmäßig weder am Anlagevermögen beteiligt ist, noch einen Liquidationsanspruch hat [188]).

§ 14. Das Einlagegeschäft als Miet- oder Pachtvertrag.

Da die Vermögenseinlage auch in einer bloßen Gebrauchsüberlassung bestehen kann [189]), ist es möglich, daß das Einlagegeschäft die rechtliche Natur eines partiarischen Pacht- oder Mietverhältnisses aufweist. Die Einlage wird dann in der Weise geleistet, daß der Einleger dem Inhaber ein Geschäftsgrundstück statt gegen einen festen Pachtzins, gegen Beteiligung am Gewinn oder den Einnahmen des Unternehmens zu einem bestimmten Hundertsatz überläßt [190]). Im übrigen kann das Rechtsverhältnis so, wie in den §§ 335 ff. vorgesehen, geregelt sein. Immerhin gehört eine solche Form des Einlagegeschäftes zu den seltenen Ausnahmen.

---

180) Vgl. Lang S. 67 f.
181) JW. 07/110, JDR. 10/635, RFH. 36/25.
182) JW. 07/110, RFH. 36/25.
183) RG. 101/376.
184) JW. 07/110, RFH. 36/21, RG. 101/376.
185) JW. 07/110, JDR. 10/635, RG. 99/158, 101/376.
186) RG. in JW. 07/111, RFH. 36/21, 25, RG. 101/376.
187) JW. 07/111.
188) JDR. 10/635, RFH. 36/25.
189) Flechtheim § 335 A. 7, Staub § 335 A. 16, Saenger S. 71, Elsoffer S. 47, Lübbert S. 516.
190) RG. in JW. 1914/ 403, 4.

§ 15. Das Einlagegeschäft als Gesellschaft oder gesellschaftsähnliches Verhältnis.

Nicht selten ist schließlich auch das Einlagegeschäft als Gesellschaft. Das ist in der Regel dann der Fall, wenn die Interessenverknüpfung der Partner so eng ist, daß man von einer gemeinschaftlich zu verfolgenden Aufgabe sprechen kann und wenn der Einleger sich einen solchen Einfluß auf das Unternehmen des Inhabers hat einräumen lassen, daß man tatsächlich von einer gesellschaftsrechtlichen Mitwirkung bei Erfüllung der Gesellschaftsaufgaben sprechen kann. Es ist erforderlich, daß das Rechtsverhältnis die wesentlichen Merkmale der §§ 335 ff. enthält, daß den Partnern die Verfolgung einer gemeinschaftlichen Aufgabe obliegt und dem Einleger als Mitträger des Gemeinschaftsverhältnisses das zum Begriff des Gesellschafters erforderliche Mindestmaß an Gesellschafterrechten eingeräumt ist [191].

Da allerdings immer die Bildung eines gesamthänderischen Gesellschaftsvermögens ausgeschlossen bleibt, kann es sich auch dann, wenn das Einlagegeschäft eine Gesellschaft ist, nur um die atypische Form der schuldrechtlichen Innengeselschaft mit den sich daraus ergebenden Abwandlungen handeln [192].

Ist der Einleger an den Anlagewerten des Unternehmens und damit mit seinem Vermögen unmittelbar an Gedeih und Verderb des Geschäftes beteiligt, so liegt darin eine auf das Vorhandensein einer gesellschaftlichen Gemeinschaft hindeutende Interessenverknüpfung zwischen Inhaber und Einleger. Darin kann man das Vorliegen eines schuldrechtlichen Gemeinschaftsvermögens und gemeinsamer Aufgaben erblicken [193]. Zuweilen wird im Innenverhältnis ein schuldrechtliches Gesellschaftsvermögen gebildet, dergestalt, daß die Vertragsparteien verabreden, das ganze Geschäftsvermögen solle als Gesellschaftsvermögen gelten. Doch hat auch der Einleger keinen gesellschaftsrechtlichen Anteil am Geschäftsvermögen, sondern immer nur schuldrechtliche Ansprüche gegenüber dem Inhaber [194]. Das Unterscheidungsmerkmal ist also im Einzelfall, ob der Geschäftsinhaber dem Einleger gegenüber schuldrechtlich verpflichtet ist, das Geschäftsvermögen wie gemeinschaftliches Gut zu behandeln.

Einlage kann alles sein, was überhaupt beim Einlagegeschäft in das Vermögen des Inhabers übergehen kann, also Geld, Sachen, Rechte, u. U. sogar eine bloße Verpflichtung, bestimmte Handlungen zu unterlassen, sofern diese Verpflichtung für Einleger und Inhaber Vermögenswert hat [195]. Sie wird häufig über das gewöhnliche Maß der Beteiligung des Einlegers hinausgehen [196].

Wesentlich ist auch das Vorhandensein der gesellschaftlichen Mindestrechte des Einlegers. Es kommt darauf an, ob ihm ein über § 338 HGB. hinausgehendes Kontrollrecht gegenüber dem Inhaber eingeräumt ist, ob

---

191) RFH. 20/195 f.
192) Vgl. S. 16 f.
193) RFH. 18/164.
194) Seuff. Arch. 81/341, LZ. 04/405, RG. 45/38.
195) RG. in Recht 25/28, 5 = Seuff. Arch. 79/121.
196) RG. 94/107, Seuff. Arch. 73/373, 81/341.

er einen bemerkenswerten Anteil an der Geschäftsführung hat, ob ihm im Gesellschaftsvertrag eine den §§ 712, 715 BGB. entsprechende Entziehungsbefugnis eingeräumt ist. Sind diese Rechte nicht ausdrücklich vereinbart, so kann man aus der sonstigen gesellschaftlichen Ausgestaltung des Einlagegeschäftes schließen, daß stillschweigend auch eine Erweiterung der Geschäftsführungs- und Kontrollbefugnisse des Einlegers von den Parteien gewollt war. So gibt es Fälle, in denen der Einleger im Geschäft tätig ist, sei es in der Gesamtleitung oder auf bestimmten Gebieten, bis zu einer Stellung, die sich kaum von der des offenen Gesellschafters unterscheidet[197]). Unter Abänderung des § 338 HGB. wird dem Einleger das Recht eingeräumt, jederzeit die Bücher und Geschäftspapiere einzusehen, sich eine Bilanz anzufertigen und überhaupt über den Stand und Gang des Geschäftes zu unterrichten[198]).

Eine wesentliche Beteiligung am Verlust ist regelmäßig vereinbart, anderenfalls kann man sie gemäß § 722 BGB. aus dem Umfang der Gewinnbeteiligung entnehmen[199]).

Schließlich kann für den Fall der Auflösung des Rechtsverhältnisses ein der Liquidation ähnliches Auseinandersetzungsverfahren vorgesehen sein[200]).

Es müssen aber nicht alle diese Merkmale ausdrücklich vereinbart sein, sondern das Vorhandensein und die Ausgestaltung mehrerer dieser Momente kann schon den gesellschaftlichen Charakter des Einlagegeschäftes im Einzelfall begründen. Dann wird sich die aushilfsweise Anwendbarkeit auch anderer gesellschaftsrechtlicher Vorschriften aus der Gesellschaftsnatur des Einlagegeschäftes ohne weiteres ergeben.

Zuweilen wird die Einordnung des Einlagegeschäftes Schwierigkeiten bereiten. So kann die Beteiligung eine der Zwischenformen zwischen partiarischer und gesellschaftlicher Beteiligung an einem Unternehmen darstellen[201]). Es ist dann Aufgabe der Auslegung, festzustellen, ob der kreditgeschäftliche oder der gesellschaftliche Charakter in den Parteivereinbarungen stärkeren Ausdruck gefunden hat. Auf die Bezeichnung, welche die Parteien dem Rechtsgeschäfte gegeben haben, kann es dabei nicht ankommen, da dafür oft steuerliche und ähnliche Erwägungen maßgebend waren, die einer juristischen Nachprüfung nicht standhalten[202]).

Umgekehrt können auch die Bestimmungen über das Einlagegeschäft sinngemäß anzuwenden sein, wenn der Vertrag dessen Begriffsmerkmale enthält, jedoch die Gewinnbeteiligung i. S. von § 336 HGB. dadurch ausgeschlossen ist, daß dem Einleger eine Umsatzprovision zugebilligt

---

197) LZ. 14/405, 17/974, Seuff. Arch. 73/373 RG. 31/34, 38, 94/107.
198) LZ. 30/1452, Seuff. Arch. 85/358, RG. 31/34.
199) LZ. 17/974, 30/1451, Seuff. Arch. 73/373, RG. 45/38, 94/107.
200) Vgl. RG. 94/108. Diese viel angegriffene Entscheidung ist im Ergebnis richtig, weil dort das Einlagegeschäft eine Gesellschaft war und deshalb § 738 BGB. angewandt werden konnte. Auch Seuff. Arch. 73/373, 81/181 f., 85/154, RG. 31/39, 45/36 ff.
201) Vgl. Lang S. 70.
202) Vgl. Flechtheim § 335 A. 10, Vorb. A. 1 vor § 335, Warn. Rspr. 16/Nr. 98, Recht 12/Nr. 1542 RG. 31/34, 92/292, 141/145.

wird [203]). Oder es ist dem Einleger nur eine Gewinnbeteiligung an einzelnen Geschäften und nicht, wie nach § 336 HGB. erforderlich, an den Erträgnissen des Handelsgewerbes eingeräumt.

So kann die Beteiligung durch Einlage in der Tat zu einer gesellschaftlichen Verbindung führen. Aber es ist das, wie oben dargetan, keineswegs nötig. Vielmehr ist diese Beteiligung im Allgemeinen noch nicht als gesellschaftliche Verbindung anzusehen und es sind dem Einleger die Rechte eines Gesellschafters nicht zuzubilligen.

---

203) LZ. 28/1546, 4, Recht 25 Nr. 467.

Lebenslauf.

Am 12. Juni 1909 wurde ich als Sohn des jetzigen Pfarrers Hermann Fischer und Frau Helene Fischer geb. Roterberg in Bitterfeld geboren. Nach dem Besuch des humanistischen Gymnasiums zu Mühlhausen i. Thür. verließ ich dieses Ostern 1927 mit dem Reifezeugnis. Sodann widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften und studierte 4 Semester in Marburg, 1 Semester in Königsberg und 3 Semester in Halle. Am 4. Juli 1931 bestand ich am Oberlandesgericht in Naumburg die erste juristische Staatsprüfung. Nach Beendigung meines Ausbildungsdienstes legte ich am 12. Februar 1935 vor dem Reichs-Justizprüfungsamt die Große juristische Staatsprüfung ab und wurde am 18. Februar 1935 zum Gerichtsassessor ernannt. Zur Zeit bin ich an der landwirtschaftlichen Entschuldungsstelle der Kreissparkasse in Zeitz beschäftigt.

Herrn Geheimrat Professor Dr. Leonhard bin ich für die Anregung zu dem Thema der Doktorarbeit und für weitere Hinweise zu besonderem Dank verpflichtet.